

**DER „VERDÄCHTIGE“ ALS SCHWEIGEBERECHTIGTE
AUSKUNFTSPERSON UND SELBSTÄNDIGER
PROZESSBETEILIGTER NEBEN DEM BESCHULDIGTEN
UND DEM ZEUGEN**

Roland Helgerth

Der "Verdächtige" als schweigeberechtigte Aus-
kunftsperson und selbständiger Prozeßbeteilig-
ter neben dem Beschuldigten und dem Zeugen.

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt
von
Roland Helgerth
aus
Stadtsteinach



Referent: Professor Dr. Hans-Jürgen Bruns
Tag der mündlichen Prüfung: 18.2.1976

Inhaltsübersicht

	Seite
<u>Einleitung</u>	1
1. Gegenstand und Ziel der Arbeit	1
2. Die Schwierigkeiten der Rechtsprechung und Lehre bei der prozeßrechtlichen Einordnung des Verdächtigen	2
3. Das Phänomen der informatorischen Befragung	6
4. Die bei der Personalienfeststellung des Verdächtigen auftauchenden Probleme	8
5. Die bisherigen Ansätze in der Literatur zum Problemkreis des Verdächtigen als Auskunftsperson	10

1. Teil:

Begriffliche Abgrenzung	11 a
-------------------------	------

<u>1. Kapitel:</u> Die Begründung der Verdächtigen-eigenschaft	11 d
--	------

I. Die Elemente des Verdachts	11 d
-------------------------------	------

1. Die materiellrechtlichen Strafrechtstatbestände als Bezugspunkt	11 d
2. Die "tatsächlichen Anhaltspunkte" des § 152 II StPO als Anknüpfungspunkt	13

II. Die Struktur und die Bildung des Verdachts	19
--	----

1. Der Verdacht als retrospektives Wahrscheinlichkeitsurteil	19
2. Grundsätze und Grenzen der Verdachtsbildung	21
3. Die maßgebende Wahrscheinlichkeitsstufe	24
4. Der Unterschied zwischen Verdacht und Überzeugung	27

	Seite
III. Der Verdächtige	31
1. Die besondere Beziehung zum Tatverdacht	31
2. Strafrechtliche Ausschlußgründe	34
3. Strafprozessuale Ausschlußgründe	35
4. Begriffsbestimmung	36
<u>2. Kapitel:</u> Die Abgrenzung vom Beschuldigten	37
I. Die Begriffsdivergenz zwischen Verdächtigem und Beschuldigtem	37
1. In der Literatur	37
2. In der Rechtsprechung	38
3. In der Praxis	39
4. In der Strafprozessordnung	41
II. Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Verfahren gegen eine bestimmte Person	42
1. Durch Strafanzeige	43
2. Durch Ergreifung von Zwangsmaßnahmen	45
3. Durch die Beschuldigtenvernehmung	47
III. Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Verfahren gegen Unbekannt	49
1. Durch besonderen Willensakt der Strafverfolgungsbehörden	49
2. Durch den Übergang von der Befragung zur Beschuldigtenvernehmung	55
<u>3. Kapitel:</u> Die Abgrenzung vom Zeugen	59
I. Kann der Verdächtige Zeuge sein?	61
1. Die Unmöglichkeit einer rein begrifflichen Abgrenzung	61
2. Die Aussagepflicht des Zeugen als Selbstbelastungszwang für den Verdächtigen	63

	Seite
II. Die Befreiung des Verdächtigen vom Selbstbelastungszwang durch §§ 55, 60 Nr. 2 StPO?	66
1. Der Unterschied zwischen Auskunftsverweigerungs- und Schweigerecht	67
2. Die Zweckverfehlung des § 55 StPO bei Anwendung auf den Verdächtigen	74
III. Die Inkompatibilität der Verdächtigenmit der Zeugenrolle	79
1. Die Querverbindung zwischen materiellem und Verfahrensrecht bei der Frage der Rollenvertauschung	79
2. Das Problem der Rollenvertauschung beim Verdächtigen	82

2. Teil:

Prozessuale Bedeutung	86
-----------------------	----

4. Kapitel: Die Rechtsgrundlagen der Befragung des Verdächtigen nach Bundesrecht

I. Die Regelung in der StPO	89
1. Die §§ 152 II, 160, 163 StPO als einschlägige Normen	89
2. Keine Aussagepflicht nach § 127 StPO	94
II. Die Pflicht zur Personalangabe auf Grund des § 111 OWiG?	105
1. Die Umwandlung des § 360 I Nr. 8 StGB in die Ordnungswidrigkeit nach § 111 OWiG	105
2. Die Bedeutung der "Zuständigkeit" in § 111 OWiG	108
3. Die Auslegung des Merkmals "zuständig"	114
4. Die Folgerungen aus der Tatbestandsanalyse	121

	Seite
<u>5. Kapitel:</u> Die Regelung der Befragung des Verdächtigen in den Polizeigesetzen der Länder	125
I. Die in Frage kommenden polizeirechtlichen Vorschriften	125
II. Die Kollision der polizeirechtlichen Vorschriften über die Personalienfeststellung mit Art. 6 I Satz 1 EGStPO	134
<u>6. Kapitel:</u> Das Schweigerecht des Verdächtigen	149
I. Entwicklungsgeschichtlicher Rückblick	150
1. Vom alten germanischen Recht bis zur Constitutio criminalis Carolina	150
2. Die Abschaffung der Folter	152
3. Die Reichsstrafprozeßordnung	153
II. Die rechtliche Anerkennung des Grundsatzes: "Nemo tenetur, se ipsum accusare"	156
1. Der Hinweis in § 136 I StPO	157
2. Weitere Vorschriften, die das Schweigerecht betonen	160
3. Bestimmungen, die das Aufklärungsinteresse höher bewerten	163
III. Die Rechtsgrundlage des Schweigerechts	168
1. Art. 1 I GG	168
2. Art. 2 I, 20 GG	170
IV. Der sachliche Umfang des Schweigerechts	179
1. Die Verquickung von Personal- und "Sach"-angaben	179
2. Die Relevanz der Personalangaben für die Strafzumessung	182

	Seite
<u>Schlußbemerkung:</u>	185
1. Zusammenfassung	185
2. Praktikabilitätsprüfung	186

Literaturverzeichnis

- | | |
|-----------------------|---|
| Altenhain, G. A. | Zum Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Polizei bei der Strafverfolgung, Die Polizei 1963, 18 |
| Arnold-Eysenck-Meili | Lexikon der Psychologie, Bd. 2, 1972 |
| Artzt, Heinz | Begründung der Beschuldigten-Eigenschaft, Kriminalistik 1970, 379 |
| Baumann, Jürgen | Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes, JZ 1972, 1
Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1974 |
| Baumgärtel, Gottfried | Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957 |
| Beling, Ernst | Rechtsfrage und revisionsinstanzlich Abstimmung im Strafprozeß, GA Bd. 67 (1919), 141
Der nicht mitangefochtene und der teilweise angefochtene Schuldspruch, GA Bd. 63 (1917), 163
Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928 |
| Berner, Georg | Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl. 1969 |
| Binding, Karl | Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885
Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 3. Aufl. 1916 |
| Blau, Günter | Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte. Schuldspruch und Strafausspruch, ZStrW 87, 31 |
| Bockelmann, Paul | Strafrichter und psychologischer Sachverständiger, GA 1955, 335 |

- Bruns, Hans-Jürgen Die Grenzen der eidlichen Wahrheitspflicht des Zeugen, insbesondere bei Tonbandaufnahmen über unwichtige Aussagen im Strafprozeß, GA 1960, 161
Richterliche Überzeugung bei "Prognose-Entscheidungen" über Sicherungsmaßnahmen, JZ 1958, 647
- Castringius, Arnold Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Aufl. 1974
Schweigen und Leugnen des Beschuldigten im Strafprozeß, Diss., Hamburg 1965
- Dreher, Eduard Strafgesetzbuch, 34. Aufl. 1974
- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. 1961
- Dünnebier, Hanns Die Verkehrsunfallflucht, GA 1957, 33
in: Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, §§ 97, 102, 127
- Dürig, Günter Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81, 117
- Emmerig, Ernst Darf die Polizei eine Person zur Vernehmung vorführen? BayVBl 1957, 347
Die Doppelfunktion der Polizei, DVBl 1958, 338
- Endruweit, Günter Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungs- bildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilssylogistik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten. Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis, Bd. 70 1973
- Erdsiek, Gerhard Umwelt und Recht, NJW 1963, 632
- Eser, Albin Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, ZStrW 79, 565
Besprechung von R. Honig: "Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozeß", JZ 67, 614

- Feest-Blankenburg Die Definitionsmacht der Polizei. Strategien der Strafverfolgung und soziale Selektion, 1972
- Fincke, Martin Verwertbarkeit von Aussagen des nicht belehrten Beschuldigten, NJW 1969, 1014
- Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach § 127 StPO irren? GA 1971, 41
- Fuchs, Erwin Beweisverbote bei der Vernehmung des Mitbeschuldigten, NJW 1959, 14
- Geerds, Friedrich Auskunftsverweigerungsrecht oder Schweigebefugnis? Zur Problematik der §§ 55, 56 StPO; in: Festschrift für Ulrich Stock, 1966, S. 171
- Über strafprozessuale Maßnahmen, insbesondere Entnahme von Blutproben bei Verdacht der Trunkenheit am Steuer, GA 1965, 321
- Gegenfurtner, August Zum Recht des Angeklagten auf Schweigen in Verkehrsstrafsachen, DAR 1966, 98
- Gentz, Manfred Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1600
- von Gerlach, Jürgen Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Ermittlungsverfahren, NJW 1969, 776
- Die Vernehmung von Mitangeklagten als Zeugen, NJW 1964, 2397
- Die Bedeutung des Merkmals "zuständiger Beamter" in § 360 I Nr. 8 StGB, zugleich eine Besprechung von BGHSt 25, 13 = NJW 72, 2004, NJW 1974, 173
- Glaser, Julius Handbuch des Strafprozesses, Bd. 1 und 2, 1883 und 1885
- Göhler, Erich Ordnungswidrigkeitengesetz, 4. Aufl. 1975
- Goldschmidt, James Der Prozeß als Rechtslage, 1925
- Gollwitzer, Walter in: Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, §§ 243, 261

- Guradze, Heinz Die europäische Menschenrechtskonvention, 1968
- Habscheid, Walther Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozeßrecht; in: Gedächtnisschrift Hans Peters, 1967, S. 840
- Hahn, C. Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, herausgegeben von C. Hahn; 2. Aufl. 1885 herausgegeben von Eduard Stegemann
- Hamann-Lenz Das Grundgesetz, 3. Aufl. 1970
- Heimann-Trosien in: Strafbuch, Leipziger Kommentar, 9. Aufl. 1972, zit:LK
- von Hellingrath, Walther Das Vorladungs- und Auskunftsrecht der Polizei, DÖV 1953, 178
- Helmer, Jürgen Die Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse (§ 243 II StPO), Diss., Kiel 1968
- Henckel, Wolfram Prozessrecht und materielles Recht, 1970
- Henkel, Heinrich Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1968
- Hennes, Hermann Das Auskunftsrecht der Polizei, Die Polizei 1962, 15
- von Hindte, Volker Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, Diss., Kiel 1973
- Hoffmann, Wolfgang Die polizeiliche Sistierung zur Feststellung von Personalien, DVBl 1967, 751
- Die polizeiliche Durchsuchung von Personen zur Aufklärung verdächtiger Sachverhalte, Die Polizei 1969, 11, 42
- Hofmeister, J. Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 2. Aufl. 1955
- Hölscher, Laurids Das Auskunftsverweigerungsrecht - § 55 StPO -, Diss., Berlin 1972
- Hubmann, Heinrich Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967

- Hust, Gerhard Zum Auskunftsrecht der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung, NJW 1969, 21
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. 1922
- Jescheck, Hans-Heinrich Beweisverbote im Strafprozeß; in: Verhandlungen des 46. DJT 1966, Bd. 1, Teil 3 B
Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1972
- Kaufmann, Armin Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959
Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954
- Kaufmann, Erich Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte, 1951
- Kern-Roxin Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 11. Aufl. 1972
- Kern, Eduard Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims; in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954
- Kiskalt, Hans Deutsches Polizeirecht, 1964
- Kleinknecht, Theodor Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPAG), JZ 1965, 153
Ermittlungen der Polizei nach der kleinen Strafprozeßreform, Kriminalistik 1965, 449
Strafprozeßordnung, 31. Aufl. 1974
- Kohlhaas, Max Schlüsse aus dem Schweigen des Beschuldigten? NJW 1965, 2282
Gedanken zur Reform des Ermittlungsverfahrens der StPO, ZRP 1974, 7
Vom ersten Zugriff zum Schlußgehör, NJW 1965, 1254
in: Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, §§ 152, 157, 163, 163 a, 170

- | | |
|---------------------------|---|
| König, Hans-Günther | Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, 1962 |
| Kopperschmidt, Gert | Das Vorladungs- und Auskunftsrecht der Polizei, DÖV 1953, 76 |
| Koschwitz, Jürgen | Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, 1969 |
| von Krauss | Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1955 |
| Kühn-Kutter | Reichsabgabenordnung, 10. Aufl. 1970 |
| Kühne, Hans-Heiner | Strafprozessuale Beweisverbote und Art. I Grundgesetz. Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis, Bd. 70, 1970 |
| Kunert, Karl-Heinz | Wie weit schützt die Strafprozeßordnung die Grundrechte des Beschuldigten? MDR 1967, 539 |
| Lackner, Karl | Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 1975 |
| Lang-Hinrichsen, Dietrich | "Verbandsunrecht" in: Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 49 |
| Lange, Richard | Der Strafgesetzegeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73 ff |
| Laufke, Franz | Vertragsfreiheit und Grundgesetz; in: Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, 1956, S. 145 |
| Lenckner, Theodor | Mitbeschuldigter und Zeuge; in: Festschrift für Karl Peters, 1974 S. 333 |
| Lent-Jauering | Zivilprozessrecht. Ein Studienbuch, 15. Aufl. 1970 |
| Lerche | Übermaß und Verfassungsrecht, 1961 |
| Lüttger, Hans | Der "genügende Anlaß" zur Erhebung der öffentlichen Klage, GA 1957, 193 |
| Machule, Walter | Der Körper des lebenden Menschen als Gegenstand kriminalpolizeilicher Erforschungsmittel, Diss., Breslau, Ohlau 1935 |
| Maier, H. | Psychologie des emotionalen Denkens, 1908 |
| von Mangoldt-Klein | Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 1957 |

- Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz, Bd. I, 1973
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971
- Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl. 1969
- Mayer, Franz in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3. Aufl. 1968
- Mayer, Hellmuth Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967
- Mezger, Edmund Die Beschuldigtenvernehmung auf psychologischer Grundlage, ZStrW 40, 152
- Michallek, Klaus-Jürgen Die Durchsuchung von Personen. Eine strafprozessuale und kriminalistische Studie unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Diss., Frankfurt/Main 1969
- Mösl, Albert in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 9. Aufl. 1971, zit: LK
- Müller-Heidelberg/Clauss Das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2. Aufl. 1956
- Müller-Sax Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 6. Aufl. 1966, zit: Müller-Sax, KMR
- Nagler, J. Das Zwischenverfahren, GS 111, 342
- Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948
- Niemöhlmann, Hildegard in: Ingo von Münch, Grundgesetz, Bd. 1, 1974, Art. 2
- Niese, Werner Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozeßhandlung, ZStrW 63, 199
- Nipperdey, Hans Carl Freie Entfaltung der Persönlichkeit; in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV, 2, 1962

- Peters, Karl Beweisverbote im Strafprozeß.
Gutachten für den 46. Deutschen
Juristentag 1966, Bd. 1, Teil 3 A
Strafprozeß. Ein Lehrbuch,
2. Aufl. 1966, zit: Strafprozeß
- Petry, Horst Beweisverbote im Strafprozeß,
1971
- Pfenninger, H. F. Die Wahrheitspflicht des Be-
schuldigten im Strafverfahren;
in: Festschrift für Rittler,
1957 S. 355
- Pohle, Rudolf Besprechung von Niese "Doppel-
funktionelle Prozeßhandlungen",
MDR 1951, 702
- Radbruch, Gustav Grenzen der Kriminalpolizei;
in: Festschrift für Sauer,
1949 S. 121
- Reder, Peter Die Sistierung von Personen im
Bayerischen Polizeirecht, Diss.,
Würzburg 1971
- Reiff, Hermann Polizeigesetz für Baden-Württem-
berg, 1956
- Reitberger Der Beschuldigte als Beweismit-
tel, Kriminalistik 1968, 349
- Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht, 11. Aufl. 1974
- Rotberg Ordnungswidrigkeitengesetz,
5. Aufl. 1975
- Roxin, Claus Offene Tatbestände und Rechts-
pflichtmerkmale, 2. Aufl. 1970
Unfallflucht eines verfolgten
Diebes, NJW 1969, 2038
- Rüth, Karl in: Strafgesetzbuch, Leipziger
Kommentar, 9. Aufl. 1972, zit: LK
- Samper, Rudolf Kommentar zum Bayerischen Poli-
zeiaufgabengesetz, 3. Aufl. 1972
- Sarstedt, Werner in: Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl.
1971, §§ 81 a, 136
- Sax, Walter Das unrichtige Sachurteil als
Zentralproblem der allgemeinen
Prozeßrechtslehre, ZZP 67, 21
Über die Zulässigkeit der pro-
zessualen Verwertung privater
Tagebuchaufzeichnungen als Be-
weismittel, JZ 1965, 1

- Sax, Walter in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Hlbdd., 1959
- Schäfer, Karl in: Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971, Einleitung
- Schenke, Wolf Rüdiger Rechtsschutz gegen Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei, Verw.-Archiv Bd. 60, 332
- Schiedermaier, Rudolf Einführung in das bayerische Polizeirecht, 1961
- Schmid, Hans Die vorläufige Festnahme und die Belehrungspflicht bei der Beschuldigtenvernehmung nach dem StPAG, Die neue Polizei, 1966, 52
- Schmidhäuser, Eberhard Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1970
- Schmidt, Eberhard Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund, JZ 1958, 596
Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten, NJW 1968, 1209
§ 261 StPO in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, JZ 1970, 337
Der Arzt im Strafrecht, 1939
Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950
Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964, Teil II 1957, Nachtragsband zu Teil II 1967, Nachtragsband II zu Teil II 1970; zit: Lehrk.
- Schmidt, Hermann Walter Das Vorführungsrecht der Polizei, NJW 1962, 2190
- Schnupp, Günther Auskunftspflicht der Polizei, DÖV 1959, 172
- Schöneborn, Christian Das Problem der Rollenvertauschung und des Zeugnisverweigerungsrechts bei mehreren Mitbeschuldigten in vergleichender Betrachtung, ZStrW 86, 921

Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 16. Aufl. 1972
Schorn, Hubert	Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963
Schreieder, Horst	Die Stellung des Beschuldigten im Hinblick auf die Aussage nach formellem und materiellem Strafrecht, Diss., Zürich 1968
Schultz, Dietrich	Rechtsgrundlagen von Razzien, JR 1966, 207
Seebode, Manfred	Schweigen des Beschuldigten zur Person, MDR 1970, 185
Spendel, Günter	Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 1964, 465
Stottmann, Paul	Kann ich, darf ich, muß ich einschreiten? 1956
Stree, Walter	Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren, JZ 1966, 593
Thomä, Eugen	Auskunfts- und Betriebsprüfungsrecht der Verwaltung, 1955
Ule-Rasch	Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1965
Ulsenheimer, Klaus	Wartepflicht auf die Polizei nach Verkehrsunfällen - OLG Oldenburg NJW 1968, 2019, JuS 1972, 24
Wacke, Gerhard	Das Recht der Polizei auf Auskünfte, Die Polizei 1962, 161, 210
Walder, Hans	Die Vernehmung des Beschuldigten, 1965
Welzel, Hans	Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, 494 Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, JZ 1952, 133 Das Deutsche Strafrecht, Lehrbuch, 11. Aufl. 1969
Wernicke, Georg	in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Stand: Oktober 1974, Art. 1, 2
Wessels, Johannes	Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, 169

Wittig, Peter

Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, 817

Wolff, Hans J.

Verwaltungsrecht I, 6. Aufl. 1965, Verwaltungsrecht II, 1962, Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. 1973

Wulle, Werner

Einiges zur Erscheinungs- und Aussagepflicht für Zeugen im Strafprozeß, JW 1934, 739

Einleitung

1. Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der Person des "nur"- oder "erst"-Verdächtigen, der also noch nicht die Beschuldigtenstellung innehat, in seiner Eigenschaft als Aussageperson. Gemessen an seiner Bedeutung in der Praxis hat der Verdächtige in der StPO eine unbefriedigende, in der Literatur eine völlig unzulängliche Behandlung gefunden. Gleichwohl ist der StPO die Figur des Verdächtigen nicht unbekannt. Nach § 60 Nr. 2 StPO ist von der Vereidigung abzusehen bei Personen, die der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, oder der Beteiligung an ihr verdächtig sind; die Beschränkungen der Beschlagnahme gelten gemäß § 97 II S. 3 StPO nicht, wenn die zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten einer Teilnahme verdächtig sind; bei dem, welcher als Täter oder Teilnehmer einer Straftat verdächtig ist, kann nach § 102 StPO eine Durchsuchung der Wohnung und anderer Räume sowie seiner Person und der ihm gehörenden Sachen vorgenommen werden. Von einem Verdacht ist ferner in den §§ 91, 100 a, 112, 112 a, 114, 114 a, 115, 127, 130, 131, 132, 138 a, 160, 203 die Rede. Die StPO verwendet den Begriff "Verdächtiger" nicht, gebraucht vielmehr umständliche Umschreibungen wie "als Täter oder Teilnehmer einer Straftat verdächtig", "der Tat oder Beteiligung an ihr verdächtig", "einer Straftat verdächtig". Trotzdem erscheint es nicht unzulässig, wegen der Griffigkeit des Ausdrucks die dem täglichen Sprachgebrauch entlehnte Redewendung "Verdächtiger" auch in einer wissenschaftlichen Arbeit zu verwenden. Gemeint ist also eine Person, die im Geruch steht, eine Straftat begangen zu haben, ohne bereits Beschuldigter zu sein. Diese Person gilt es abzugrenzen von dem unbescholtenen Bürger einerseits und von dem bereits Beschuldigten andererseits. Kernstück der sich anbietenden Untersuchung ist aber der Nachweis, daß sich der Verdächtige

auch von dem Zeugen wesentlich unterscheidet, somit eine Aussageperson sui generis darstellt, deren prozessuale Behandlung unter Berücksichtigung des Verfassungs-, Polizei- und Ordnungswidrigkeitenrechts aufzuzeigen sein wird.

2. Bisher ging man davon aus, es gebe im Strafprozeßrecht, also auch im Ermittlungsverfahren - abgesehen von dem Sachverständigen - nur zwei Arten von Aussagepersonen, nämlich Zeugen und Beschuldigte. Von dieser Prämisse ausgehend war es erforderlich, bei einer Befragung dem Verdächtigen die eine oder andere Rolle zuzuweisen. Die Einordnung stieß, abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten wegen mangelnder Entscheidungskriterien, auf unüberwindbare wissenschaftliche Hindernisse. Entweder man geriet in Widerspruch zum herkömmlichen Beschuldigtenbegriff oder man vernachlässigte den verfassungsrechtlichen Aspekt, den rechtsstaatlichen Grundsatz: "Nemo tenetur, se ipsum accusare". Die herrschende Meinung ¹⁾ steht auf dem Standpunkt, der Verdächtige sei als Zeuge zu vernehmen. Sie verweist dabei auf § 60 Nr. 2 StPO: Wenn § 60 Nr. 2 StPO "Personen, die der Tat, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet, oder der Beteiligung an ihr oder der Begünstigung oder Hehlerei verdächtig oder deswegen bereits verurteilt sind", von der den Zeugen grundsätzlich treffenden Eidespflicht ausnehme, so zeige dies ganz deutlich, daß nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch der Teilnahmeverdächtige als Zeuge in Betracht komme ²⁾. Erst wenn der Verdächtige die Beschuldigtenstellung innehat, soll es nicht mehr zulässig sein, ihn ohne weiteres zum

1) Vgl. u. a. BGHSt 10, 10; 17, 128;
Gerlach NJW 1969, 777;
Schöneborn, ZStrW 86, 9-7.

2) So neuerdings Schöneborn, ZStrW 86, 927.

Zeugen zu machen ³⁾. Die herrschende Meinung macht es sich zu leicht. Mit einer allzu formalistischen Begründung wird der verfassungsrechtlichen Problematik, nämlich der Frage, ob das Verbot des Selbstbelastungszwanges einer Vernehmung des Verdächtigen als Zeugen entgegensteht, ausgewichen. Der Hinweis auf § 55 StPO, der verdächtige Zeuge könne ja die Antwort auf ihn belastende Fragen verweigern, kann die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht ausräumen. Denn das Auskunftsverweigerungsrecht hinsichtlich bestimmter Fragen kommt der generellen Schweigebefugnis nicht annähernd gleich. § 55 StPO räumt der Aussageperson eine wesentlich schwächere Rechtsposition ein, weshalb auch, um diese Verschlechterung der Rechtsstellung eines bereits Beschuldigten zu vermeiden, hinsichtlich seiner Person das Verbot der Rollenvertauschung gilt. Das Problem der Rollenvertauschung tritt aber nicht erst beim Beschuldigten auf, sondern bereits bei der allerersten Rollenverteilung beim Verdächtigen. Im Extremfall könnte nämlich die Strafverfolgungsbehörde mit einer förmlichen Beschuldigung möglichst lange hintanhalten und das Verfahren gegen Unbekannt führen, um den Verdächtigen als Zeugen und damit als aussagepflichtige Person zur Verfügung zu haben. Die Gefahr wurde auch vom BGH ⁴⁾ gesehen, und er mußte deshalb von seiner These, daß ein "Verdächtiger als Zeuge vernommen werden kann und wird", wesentliche Abstriche machen: Dränge die Strafverfolgungsbehörde einen als Täter einer Straftat oder als Teilnehmer an ihr Verdächtigen, den als Beschuldigten zu verfolgen gute Gründe vorlägen, aus sachfremden Erwägungen willkürlich in die Rolle eines Zeugen, etwa zu dem Zweck, ihn als solchen dem Aussage-

3) Vgl. hierzu BGH JR 1969, 148 = GA 1968, 305;
Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 4 b Vor § 48.

4) BGHSt 10, 8.

und womöglich dem Eideszwang auszusetzen, so vermöchte ein solcher Mißbrauch des Ermessens ihm nicht die Eigenschaft eines Zeugen zu verleihen. Er wäre vielmehr trotz seiner Vernehmung und Vereidigung in Wirklichkeit Beschuldigter. Damit setzt sich der BGH jedoch in Widerspruch zum Beschuldigtenbegriff, wie er von der herrschenden Meinung ⁵⁾ verstanden und auch von ihm selbst judiziert wird ⁶⁾, wonach jemand nur dann Beschuldigter ist, wenn die Strafverfolgungsbehörde das Verfahren gegen ihn gerade als Beschuldigten betreibt. Erklärt die Strafverfolgungsbehörde ihren entgegengesetzten Willen, indem sie den Verdächtigen als Zeugen vernimmt, so ist nicht recht einzusehen, wie ein Ermessensmißbrauch ihm plötzlich die Stellung eines Beschuldigten zu verleihen vermag. Mit dem Beschuldigtenbegriff wird auch die Mindermeinung im Schrifttum ⁷⁾ nicht fertig, die zwar dem Verbot des strafrechtlichen Selbstbelastungszwanges voll Rechnung trägt, dafür aber - unzulässigerweise - den Begriff des Beschuldigten materiell-rechtlich bestimmt: "Die Rolle als Mitbeschuldigter entspringt einer Sachbeziehung, die von dem formalen Verfahrensstand unabhängig ist" ⁸⁾. "Mitbeschuldigter ist ... jeder der Tatbeteiligung Verdächtige, und zwar unabhängig von seiner formalen Prozeßrolle" ⁹⁾. "Entscheidend ist allein, ob der Betreffende an dem den Gegenstand der Untersuchung bildenden historischen Vorgang in irgendeiner Weise - sei es als Anstifter, Gehilfe, Begünstigter oder Hehler -

5) Kleinknecht, StPO, Einl. 3 B;
Peters, Strafprozeß, S. 172.

6) BGHSt 10, 12; 17, 128.

7) Peters, Strafprozeß, S. 290;
Ders., Beweisverbote im Strafprozeß, S. 136 f;
Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 120;
Petry, Beweisverbote im Strafprozeß, S. 104.

8) Peters, Strafprozeß, S. 290.

9) Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 120.

beteiligt ist und wegen seiner Beteiligung der Strafverfolgung gleichfalls ausgesetzt ist" ¹⁰⁾. "Der Täter müsse jedenfalls von Anfang an seine vollen Rechte als Beschuldigter wahrnehmen können" ¹¹⁾.

3. Der aufgezeigten Mindermeinung ist insoweit beizupflichten, daß man der Situation des Verdächtigen in der Lebenswirklichkeit nur dann gerecht wird, wenn man von seiner generellen Schweigebefugnis ausgeht. Denn der Verdächtige befindet sich bei seiner Befragung in einer ähnlichen Lage wie der Beschuldigte, nur daß jener die drohende Strafe etwas näher vor Augen hat. In dem Bestreben, beide Personengruppen hinsichtlich ihrer Aussageverpflichtung gleichzustellen, wird der Beschuldigtenbegriff in unzulässiger Weise überdehnt, was - als unerwünschter Nebeneffekt - zugleich zur Beseitigung auch anderer - sachgerechter - verfahrensrechtlicher Unterschiede beider Personengruppen führt. Man muß sich jedoch ernsthaft fragen, ob zur Erreichung des erstrebten Zweckes ein solcher wissenschaftlicher "Krafakt" vonnöten ist. Sind Beschuldigtenstellung und Schweigerecht untrennbar miteinander gekoppelt? Bislang wurde dieser Zusammenhang nicht in Zweifel gezogen, sieht man doch gemeinhin das Schweigerecht in der Vorschrift des § 136 I 2 StPO verankert, die nur für den Beschuldigten gilt. Hier stoßen wir aber auf eine erstaunliche Begründungslücke der Literatur. Noch niemand ist der Frage gründlich nachgegangen, ob denn § 136 I 2 StPO wirklich "sedes materiae" des Schweigerechts ist. Vieles spricht dagegen. Der prozessuale Charakter der Vorschrift legt die Ansicht nahe, sie regle

10) Von Gerlach, JR 1969, 150.

11) Petry, Beweisverbote im Strafprozeß, S. 104.

nur das Verfahren, verleihe aber keine materiellen Rechte, wozu die Schweigebefugnis zählt. Die Erkenntnis, daß der Grundsatz "Nemo tenetur, se ipsum accusare" in zahlreichen anderen Vorschriften, die nicht oder nicht nur für den Beschuldigten gelten, in mehr oder minder deutlicher Form aufscheint, erhellt, daß die Beschränkung des Schweigerechts auf die Person des Beschuldigten nicht zu trifft. Dieser gesamte Komplex muß einer gründlichen Untersuchung unterzogen werden. Stellt sich dabei heraus, daß die Schweigebefugnis schon dem Verdächtigen zusteht, bedarf es nicht der begrifflichen und verfahrensrechtlichen Gleichschaltung mit dem Beschuldigten, um den Zwang zur strafrechtlichen Selbstbelastung zu vermeiden. Es bedarf aber einer Distanzierung von der Aussageperson des Zeugen und damit einer Erweiterung der Aussagepersonen von zwei auf drei Kategorien.

4. In der Praxis wird der "Verdächtige" seit eh und je als Auskunftsperson sui generis behandelt. Richten sich die Ermittlungen nicht von vornherein gegen eine bestimmte Person, gilt die Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsorgane - vornehmlich der Polizei - zuvörderst der Suche nach verdächtigen Personen. Diese werden dann befragt. Überlegungen der Art, ob die befragte Person als Beschuldigter oder Zeuge einzustufen ist, spielen zunächst nur eine untergeordnete Rolle und werden erst dann angestellt, wenn man zu einer förmlichen Vernehmung schreitet. Zuerst muß sich der Polizeibeamte durch informatorische Fragen ein grobes Bild vom Tatgeschehen machen und Anhaltspunkte gewinnen, wer als Täter in Betracht kommen könnte ¹²⁾,

12) Kleinknecht, Kriminalistik 1965, 451;
Vgl. auch Kohlhaas, NJW 1965, 1255.

sollen nicht zielstrebige Ermittlungen durch Förmlichkeiten von vornherein zum Scheitern verurteilt sein. Daß er dabei mit seinem Auskunftsverlangen auch - ja, vor allen Dingen - an verdächtige Personen herantritt, gebietet die kriminalistische Sachkunde. Die Verhältnisse können aber auch so liegen, daß gegen eine oder mehrere Personen zunächst nur ein vager Verdacht besteht, der für die Begründung der Beschuldigteneigenschaft noch nicht ausreicht. Hier wird die Polizei durch eine Befragung sondieren, ob sich der Verdacht erhärten läßt oder zerstreut werden kann. Schließlich kann der Kreis der Verdächtigen so groß sein, daß eine förmliche Vernehmung aller gar nicht durchführbar ist. Sarstedt ¹³⁾ bringt hierzu plastische Beispiele: "Bei einem Brand, dessen Ursachen aufgeklärt werden sollen, kann das halbe Dorf verdächtig sein, ihn gelegt zu haben, einschließlich des Hauseigentümers, seiner Angehörigen, Bediensteten und früheren Bediensteten, seiner Nachbarn, seiner Feinde und ganz besonders seiner Freunde. Der Polizeibeamte, der bei einer Schlägerei in ein Wirtshaus gerufen wird, kann seine Ermittlungen nicht gut damit anfangen, daß er sagt: 'Ich möchte Sie alle gern etwas fragen, aber Sie brauchen nichts zu sagen und können sich alle erst einmal mit Ihren Verteidigern besprechen.'" Wer die Forderung erhebt, im Straßverfahren und somit auch im Ermittlungsverfahren gebe es nur Zeugen und Beschuldigte, die dann entsprechend den Regeln der StPO förmlich vernommen werden müßten, geht an der Lebenswirklichkeit vorbei. Die informatorischen Befragungen spielen in der Ermittlungstätigkeit der Polizei sogar eine größere Rolle als die förmlichen Vernehmungen. Die Vernehmungen dienen meist nur zur schriftlichen Fixierung dessen, was die Polizei infolge der Befragung ohnehin schon weiß. Ganz im Gegensatz zur Bedeutung in der

13) In Löwe- Rosenberg, StPO, Anm. 2 zu § 136.

Praxis steht die Behandlung der informatorischen Befragung in der Literatur. Außer den im Rahmen dieses Abschnitts erwähnten Autoren ¹⁴⁾ befaßt sich, soweit ersichtlich, niemand mit diesem Phänomen. Und auch die Genannten lassen eine nähere prozeßrechtliche Erörterung vermissen. Anscheinend gehen sie davon aus, daß sich die informatorischen Befragungen "praeter legem", außerhalb des vom Prozeßrecht geregelten Raumes abspielen. Dem ist jedoch nicht so. Denn die Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsorgane beginnt, sobald der Verdacht einer Straftat vorliegt (§§ 152 II, 160 I, 163 StPO). Ab diesem Zeitpunkt gilt das Strafprozeßrecht, und die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit irgendwelcher Maßnahmen beurteilt sich nach seinen Regeln. Daher gilt es, die informatorischen Befragungen, die neben den förmlichen Vernehmungen stehen, in das Strafprozeßrecht einzugliedern.

5. Teil der informatorischen Befragung kann auch die Feststellung der Personalien des Verdächtigen sein. Hier müssen wir zunächst mit dem Vorurteil aufräumen, es handle sich nur um Nebensächlichkeiten. In Wirklichkeit berühren wir damit ein zentrales Problem des Prozeßrechts. Wir befinden uns an einer Nahtstelle des Prozeßrechts mit dem Polizeirecht, wobei noch das Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 111 OWiG) mit hereinspielt und auch der schon mehrfach erwähnte Grundsatz "nemo tenetur, se ipsum accusare" zum Tragen kommt. Wer glaubt, mit der Neueinführung des § 111 OWiG sei die Rechtslage geklärt, befindet sich auf dem Holzweg. Denn § 111 OWiG hat die bereits im Rahmen des früheren, weitgehend gleichlautenden § 360 I Nr. 8 StGB umstritten gewesene Frage, wer "zuständiger" Beamter im Sinne dieser Vorschrift ist, unbeantwortet gelassen. Im

14) Kleinknecht, Kohlhaas und Sarstedt.

wesentlichen ging und geht es darum, ob der Beamte ein hoheitliches Recht auf Erforschung der Personalien haben muß. Hier treffen wir wieder auf einen wunden Punkt in der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur. Das Erfordernis eines hoheitlichen Rechtes wird zwar bejaht, zugleich aber die Behauptung aufgestellt, ein Polizeibeamter, der wegen einer Straftat ermittelt, habe ein derartiges hoheitliches Recht, ohne daß hierfür eine Begründung angegeben wird¹⁵⁾. Lediglich das BayObLG macht sich die Mühe, Gesetzesvorschriften heranzuziehen¹⁶⁾. Da § 163 StPO der Polizei keine Befugnisse verleiht, kann sich ein Recht auf Feststellung der Personalien nur aus dem Polizeirecht ergeben. Damit stoßen wir auf das sehr umstrittene Problem, ob die Polizeigesetze der Länder die Befugnisse der StPO erweitern können, was im Rahmen dieser Arbeit zwar nicht allgemein, wohl aber für den vorliegenden Fall gelöst werden muß.

Mit der Trennung zwischen Sach- und Personalangaben verneint die herrschende Meinung ein Schweigerecht hinsichtlich der letzteren. Dieser Auffassung kann man nicht ohne weiteres beitreten. Denn es ist nicht zu verkennen, daß der Verdächtige durch die Personalangabe an seiner eigenen späteren Bestrafung mitwirkt. Ohne Kenntnis seiner Personalien ist weder eine Anklage, noch ein Urteil, noch eine Strafvollstreckung möglich. Auch sind, worauf besonders Eb. Schmidt¹⁷⁾ hinweist, Sach- und Personalangaben

15) So insbesondere BGHSt 25, 3;
Aber auch OLG Düsseldorf, NJW 1970, 1888;
OLG Hamm, NJW 1954, 1212;
Göhler, OWiG, Anm. 3 B zu § 111;
Rotberg, OWiG, Rdnr. 9 zu § 111.

16) BayObLGSt 1957, 221; NJW 1969, 2057.

17) Lehrk., Nachtragsband, Erl. 17 zu § 136.

oft so miteinander verquickt, daß Aussagen über die Personenidentität vielfach Schlüsse auf die Sache ermöglichen. Ferner erweisen sich fast alle in § 111 OWiG bezeichneten Angaben als strafzumessungsrelevant. Andererseits besteht ein kriminalpolitisches Bedürfnis, daß die Personalien eines Verdächtigen alsbald festgestellt werden. Die Polizei kann nicht tatenlos zusehen, wie ein Verdächtiger in der Menge unerkannt untertaucht. Hier eine saubere rechtsstaatliche Lösung zu finden, die auch den kriminalpolitischen Bedürfnissen gerecht wird, ist nicht einfach.

6. Die Figur des Verdächtigen, seine informatorische Befragung und seine Rechtsstellung als Aussageperson hat in der Literatur noch keine hinreichende und befriedigende Klärung gefunden. Man stößt nur auf wenige Einzelbetrachtungen, die geeignet sind, einzelne der angeschnittenen Probleme einer zufriedenstellenden Lösung zuzuführen. Von Hindte ¹⁸⁾ hat sich um eine Klärung des Begriffs Verdacht und Darstellung seiner Bedeutung für das Strafverfahren bemüht. Kleinknecht ¹⁹⁾, Kohlhaas ²⁰⁾ und Sarstedt ²¹⁾ weisen auf das Phänomen der informatorischen Befragungen hin, die neben den förmlichen Vernehmungen stehen. Seebode ²²⁾ gebührt das Verdienst, das Schweigen des Beschuldigten zur Person gründlich beleuchtet zu haben. Geerds ²³⁾ zeigt die verfehlt konstruierte Auskunftsverweigerungsrechts auf. Kern-Roxin ²⁴⁾, Petry ²⁵⁾ u. a. sind bestrebt, den Verdächtigen hinsichtlich seiner Aussageverpflichtung dem Beschuldigten gleichzustellen. Niese ²⁶⁾ zieht den

18) Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, Diss. Kiel.

19) Kriminalistik 1965, 451.

20) NJW 1965, 1255.

21) In Löwe-Rosenberg, StPO, Anm. 2 zu § 136.

22) MDR 1970, 185.

23) Festschrift für Ulrich Stock, S. 171.

24) Strafverfahrensrecht, S. 120.

25) Beweisverbote im Strafverfahren, S. 104.

26) ZStrW 63, 220.

Schluß, daß außer dem Beschuldigten auch sonst niemand zu einer Selbstbezeichnung gezwungen werden darf. was vor allem fehlt, ist die Gesamtschau, das Zusammenfügen der einzelnen Aspekte zu einem tragfähigen und in sich geschlossenen Ganzen, um das sich der Verfasser bemüht. Eine Kollision mit der herrschenden Lehre läßt sich im Rahmen dieser Arbeit, die an manchen Stellen Neuland beackert, nicht immer vermeiden.

1. Teil

Begriffliche Abgrenzung

Bereits einleitend haben wir den Verdächtigen als eine Person bezeichnet, die im Geruch steht, eine Straftat begangen zu haben. Demnach wird der Begriff des Verdächtigen auch vom Strafrecht mit beeinflusst, wobei aber die prozessuale Betrachtungsweise überwiegt. In dieser Hinsicht unterscheiden sich beide Rechtsgebiete erheblich, worauf wir, um den richtigen Ansatzpunkt für unsere Untersuchung zu finden, kurz eingehen müssen. Das Strafrecht gehört zum materiellen Recht, das die Rechtsbereiche der einzelnen gegeneinander abgrenzt und Rechtsverhältnisse schafft. Um die Feststellung der in den einzelnen Normen beschriebenen Umstände kümmert es sich nicht, sondern geht von der Existenz dieser Umstände aus. Ganz anders das Strafprozeßrecht. Bei ihm geht es nicht um die Schaffung, sondern um die Feststellung der Rechtsverhältnisse; es befaßt sich nur mit der Evidenz der Tatsachen¹⁾. Die daraus fließende Eigenständigkeit der StPO gegenüber dem StGB²⁾ erfordert eine typische prozessuale Betrachtungsweise³⁾, die bedingt, daß das Strafverfahrensrecht auf Eigenbegriffe aufbauen muß, die es im Strafrecht nicht gibt⁴⁾. Begriffe des Strafrechts wie Täter, Anstifter, Gehilfe sind auf das Strafprozeßrecht nicht ohne weiteres übertragbar. Denn im Strafprozeß soll erst geklärt werden, wer

1) Fincke, GA 1971, 42

2) Die Selbständigkeit des Prozeßrechts betonen: Eb. Schmidt, Lehrk., Teil I, Erl. 33 ff; Müller-Sax, KMR, Einleitung 9a; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 18; Geerds SchlHol.Anz. 1964, 59

3) Als erster hat das Goldschmidt in seinem Werk "Der Prozeß als Rechtslage" herausgearbeitet. Heute ist das allgemein anerkannt. Vgl. die bei Eb. Schmidt, Lehrk., Teil I, Erl. 33 Fußn. 64 angegebenen Fundstellen

4) Michallek, Die Durchsuchung von Personen, S. 40

Täter, Anstifter und Gehilfe ist. Und nicht einmal das ist möglich. Denn am Ende des Prozesses steht nur zur Überzeugung des Gerichts fest, daß jemand der Täter war. Ob das aber der Wirklichkeit entspricht, kann auf Grund der unzulänglichen menschlichen Erkenntnismöglichkeiten der Prozeß nicht zutage fördern. Deswegen kann man - streng genommen - im Prozeß nicht einmal nach dem Urteil von einem Täter sprechen.

Diese Tatsache zeigt zugleich, daß der Geltungsbe-
reich beider Rechtsgebiete nicht identisch ist. Während
sich das Strafrecht nur mit Rechtsbrechern beschäftigt
und die Unschuldigen aus seinem Wirkungsbereich ausscheidet - denn die Strafdrohungen des materiellen Strafrechts
gelten nur dem, der wirklich nach der äußeren und inneren
Seite den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht ⁵⁾ - wendet
sich das Strafprozeßrecht an alle Bürger ⁶⁾, seien sie
schuldig oder unschuldig. Sämtliche prozessualen Zwangs-
mittel sind gegen Unschuldige zulässig ⁷⁾. Es kann auch
dahin kommen, daß das Strafverfahren mit einem dem
materiellen Recht entgegengesetzten Ergebnis endet, daß
der Schuldige freigesprochen und der Unschuldige bestraft
wird ⁸⁾. Ein solches Urteil ist dann materiellrechtlich
falsch; verfahrensrechtlich kann es aber vollkommen rich-
tig sein. In der Begriffsbildung haben die aufgezeigten
Unterschiede ihren Niederschlag insofern gefunden, als an
die Stelle des materiellrechtlichen Begriffs "Täter" ent-
sprechend der prozessualen Betrachtungsweise die Begriffe
"Verdächtiger, Beschuldigter, Angeschuldigter, Angeklag-
ter" treten.

5) Schäfer in Löwe-Rosenberg, StPO, Einleitung, Kap. 5,
Anm. 1

6) Geerds, SchlHolAnz. 1964, 59

7) Fincke, GA 1971, 43

8) Schäfer in Löwe-Rosenberg, StPO, Einleitung, Kap.5,
Anm. 1

Trotz dieser Unterschiede steht das Strafprozeßrecht nicht unabhängig neben dem Strafrecht. Es dient der Verwirklichung des materiellen Rechts ⁹⁾. Die Mittel des Strafprozesses dürfen nicht angewendet werden, wenn es nichts zu verwirklichen gibt. Mit anderen Worten: ein strafprozessuales Vorgehen ist erst dann zulässig, wenn der Verdacht einer strafbaren Handlung gegeben ist. Diese gegenseitige Ergänzung beider Rechtsgebiete wirkt sich auch auf die Begriffsbildung aus. Der nun zu erläuternde Begriff des Tatverdachts muß sich am Leitbild eines Straftatbestandes ¹⁰⁾, der Begriff des Verdächtigen am materiell-rechtlichen Täterbegriff orientieren.

9) Schäfer in Löwe-Rosenberg, StPO, Einleitung, Kap.5, Anm. 2;
Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 17;
Peters, Strafprozeß, S. 7,8

10) Geerds, SchlHolAnz 1964, 59

1. Kapitel:

Die Begründung der Verdächtigen- eigenschaft

Voraussetzung der Verdächtigeneigenschaft ist u.a. das Vorliegen des Verdachts einer Straftat. Des weiteren müssen Anhaltspunkte ersichtlich sein, die auf eine bestimmte Person als möglichen Täter dieser Straftat hindeuten ¹¹⁾. Die Verdachtsbildung vollzieht sich demnach in zwei Stufen: Wahrnehmung eines verdächtigen Geschehens ¹²⁾ und Herstellung einer Beziehung zwischen diesem Geschehen und einer bestimmten Person ¹³⁾. Dementsprechend wird sich unsere nachfolgende Untersuchung über die Elemente, Struktur und Bildung des Verdachts zunächst auf den tatbezogenen - auch Tatverdacht ¹⁴⁾ oder Anfangsverdacht ¹⁵⁾ genannt - konzentrieren, um dann in einem weiteren Abschnitt eine Ausdehnung auf den täterbezogenen zu erfahren.

I. Die Elemente des Verdachts

1. Als erstes gilt es, die einzelnen Bausteine, aus denen sich der Verdacht zusammensetzt, zusammenzutragen. Für den Verdacht benötigen wir ein Zuordnungsobjekt, auf das sich der Verdacht bezieht. Um im Einzelfall erhebliche Tatsachen herauszufinden und überflüssige Ermittlungen zu vermeiden, muß der Strafverfolgungsbeamte von vornherein wissen, in welche Richtung sein Verdacht zielen muß ¹⁶⁾.

11) Michallek, Die Durchsuchung von Personen, S. 56 f;
von Hindte, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, S.9

12) tatbezogener Verdacht; vgl. v. Gerlach NJW 1969, 779;
Artzt, Kriminalistik, 1970, 382

13) ~~täterbezogener~~ Verdacht; vgl. von Hindte, aaO, S.9;
Artzt, aaO, S. 382

14) Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
III. Band, 2. Halbband, S. 987

15) Kleinknecht, StPO, Anm. 1 B zu § 160

16) Die "Tat" i.S. des § 264 StPO ist als Bezugspunkt ungeeignet, da sie ja erst ermittelt werden soll. Erst am Ende der Ermittlungen hat der Strafverfolgungsbeamte eine genaue Vorstellung von dem Geschehen. Insofern kann der manchmal verwendete Begriff "Tatverdacht" mißverständlich sein

Dieses Ziel geben die Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches oder eines Nebengesetzes mit Strafcharakter an ¹⁷⁾. Denn Gegenstand der Ermittlungen ist ein durch das Strafgesetz umschriebener Vorgang ¹⁸⁾. Die Strafgesetze umschreiben abstrakt, wie die Handlung aussieht, die als verdächtig eingestuft wird, und legen somit die positiven Voraussetzungen des Tatverdachts fest ¹⁹⁾. Sie sind das Leitbild, an dem sich der Verdacht orientieren muß ²⁰⁾.

Zu Beginn der Ermittlungen bezieht sich der Verdacht nicht auf eine bestimmte Norm. Alle Tatbestände sind in gleicher Weise für die Verdachtsbildung geeignet. Sobald aber die ersten tatsächlichen Anhaltspunkte auftauchen, verengt sich dieser große Kreis auf einen oder einige Tatbestände, da die Anhaltspunkte nur für sie relevant sind. Die Auswahl der im Einzelfall in Betracht kommenden Normen kann nur an Hand konkreter Tatsachen geschehen ²¹⁾, während umgekehrt die Frage, ob irgendwelche Tatsachen strafrechtlich relevant sind, nur das Strafgesetz beantworten kann. Dieses "Zickzack vom Tatsächlichen zum Rechtlichen, von da aus wieder zum Tatsächlichen" ²²⁾ zeigt zugleich, daß beim Verdacht eine rechtliche Bewertung vorzunehmen ist. Gegenstand der Bewertung sind die in § 152 II StPO genannten "tatsächlichen Anhaltspunkte", denen wir uns nunmehr zuwenden müssen.

17) vgl. BGHZ 20, 178; Lüttger GA 1957, 194;
Kleinknecht, StPO, Anm. 2 zu § 152;
von Hindte, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, S. 29

18) Peters, Beweisverbote, S. 143

19) Auf der anderen Seite beinhalten die Strafgesetze auch negative Voraussetzungen, die den Tatverdacht zerstören, z.B. Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe. Da diese Umstände sich häufig erst im Zusammenhang mit einer bestimmten Person feststellen lassen, werden sie, wie auch die prozessualen Aspekte, einheitlich beim Verdächtigenbegriff behandelt.

20) Geerds, SchlHolAnz 1964, 59

21) Vgl. Beling, GA Band 67, 149.

22) Beling, GA Band 63, 177.

2. Nach § 152 II StPO beginnt die Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörde, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Sie sind nicht nur Anknüpfungspunkt für den Beginn der Ermittlungstätigkeit, sondern auch für den Verdacht ²³⁾. Die "tatsächlichen Anhaltspunkte" bestehen in bestimmten konkreten Tatsachen ²⁴⁾, in einer tatsächlichen Begebenheit ²⁵⁾, so daß also für den Verdacht eine auf allgemeiner Erfahrung basierende Verdächtigung, die nicht durch Umstände des konkreten Falles zu belegen ist, nicht ausreicht ²⁶⁾. Insofern unterscheidet sich der Verdacht von der Vermutung ²⁷⁾, einer auf kriminalistischer oder allgemeiner Lebenserfahrung beruhenden Hypothese. Eine solche Hypothese genügt für den Verdacht nicht ²⁸⁾.

Welche Tatsachen nun als Anknüpfungspunkt für den Verdacht in Betracht kommen, läßt sich im Gegensatz zu den strafbaren Handlungen nicht abstrakt beschreiben. Auch die "Sachnähe" zu letzteren liefert kein entscheidendes Kriterium. Denn es genügen auch völlig entfernte, dürftige und ungeprüfte Anzeichen ²⁹⁾. Häufig wird die Ermittlungstätigkeit durch eine Anzeige in Gang gebracht. Die einseitige Behauptung eines Anzeigeerstatters oder Gewährmannes kann ein Anhaltspunkt sein, muß es aber nicht. Letzteres

23) So auch Lüttger, GA 1957, 194;
Müller-Sax, KMR, Anm. 2 a zu § 160;
Eb. Schmidt, Lehrk., Teil II, Erl. 10 zu § 152;
Michallek, Die Durchsuchung von Personen, S. 52

24) Kleinknecht, StPO, Anm. 2 zu § 152

25) Eb. Schmidt, Lehrk., Erl. 10 zu § 152

26) Geerds, GA 1965, 327

27) vgl. hierzu von Hindte, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, S. 20 ff

28) Dünnebier in Löwe-Rosenberg, StPO, Anm. 1 zu § 102

29) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, StPO, Anm. 6 zu § 152

ist beispielsweise dann der Fall, wenn von einem der Strafverfolgungsbehörde bekannten Querulanten Behauptungen vorgebracht werden, ohne daß weitere Umstände gegeben sind, die diese glaubhaft erscheinen lassen ³⁰⁾. Keinesfalls kann v. Gerlach ³¹⁾ zugestimmt werden, der die Ansicht vertritt, durch die Anzeige werde aus dem Unverdächtigen sogleich ein Beschuldigter.

Sofern der Strafverfolgungsbeamte seinen Verdacht nicht auf eine Anzeige oder sonstige Zeugenaussage stützen kann oder selbst Merkmale einer strafbaren Handlung wahrnimmt, muß er sich mit Indizien begnügen, die keine unmittelbar bedeutsamen Tatsachen sind, sondern mittelbar relevante Tatsachen darstellen ³²⁾. Da nicht nur Indizien, sondern auch Indizienketten zur Verdachtsbildung herangezogen werden können, wird klar, daß es nicht möglich ist, die zulässigen tatsächlichen Anhaltspunkte auch nur annähernd zu typisieren.

Dagegen ist es möglich, solche Anhaltspunkte anzuführen, die für die Begründung eines Verdachts unzulässig sind. Als erstes ist das Schweigen eines Verdächtigen ³³⁾ zu nennen. Daß das Schweigen des Beschuldigten für sich allein nicht als belastendes Indiz gewertet werden darf, ist seit BGHSt 20, 281 allgemein anerkannt. Wenn aber das Schweigen für die Beurteilung der Schuldfrage untauglich ist, kann es auch keinen dahingehenden

30) von Hindte, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, S. 70; Müller-Sax, KMR, Anm. 3 b aa) zu § 152; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, StPO, Anm. 6 zu § 152

31) NJW 1969, 778

32) Grünwald, Festschrift für Honig, S. 57

33) Dieser Punkt wird später noch ausführlicher behandelt.

Verdacht begründen. Auskunfts- und sonstigen Aufklärungswünschen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsorgane braucht man nicht zu entsprechen, ohne sich den Verdacht einer Straftat zuzuziehen. Das Verweigern freiwilligen Entgegenkommens ist kein Argument für einen Tatverdacht ³⁴⁾. Daß hier die Praxis oft anders aussieht, zeigt die Studie von Feest und Blankenburg ³⁵⁾, die aufschlußreiches Tatsachenmaterial in dieser Richtung liefert ³⁶⁾. Daraus einige Beispiele:

"Auf der Dirnenfahrbahn stoppen wir einen Pkw mit zwei jugendlichen Insassen. S kontrolliert die Papiere und läßt sich den Kofferraum öffnen. Hinterher frage ich ihn, warum er den Pkw angehalten hat. "Weil die Insassen wild ausschaut haben". Über das Öffnen des Kofferraums sagte er: "Strenggenommen habe ich dazu gar keine rechtliche Handhabe, aber wenn er den Kofferraum nicht freiwillig aufmacht, dann besteht für mich ein dringender Tatverdacht."

Im Vorbeifahren sehen wir einen Pkw, der mit einem Rad auf dem Gehsteig parkt. "Den schau ich mir an, der steht da so komisch." Während wir zurücksetzten, schaut uns der am Steuer sitzende junge Mann etwas erschrocken entgegen. "Der schaut schon wie ein Singerl."

"Um 13.30 Uhr ... kontrollierte ich in der Nähe der Toilette des Hauptbahnhofs eine Frau, da sie einen etwas heruntergekommenen Eindruck erweckte. Sie gab an, daß sie auf ihren Freund warte, der vor ca.5 Minuten in die Toilette zum Austreten mußte ... Nach 15 Minuten kam dann ihr "Freund". Ich erklärte auch diesem, dem Vorgeführten, daß er kurz zur Personalienüberprüfung zur Wache ... mitkommen sollte, da auch er einen etwas geschreckten Eindruck hinterließ ..."

34) Geerds, GA 1965, 329;

Eine andere Frage ist es, ob man als vernünftiger Staatsbürger die Polizei nicht dadurch unterstützt, indem man durch freiwilliges Entgegenkommen etwaige Verdachtsmomente zerstreut.

35) Die Definitionsmacht der Polizei.

36) Die Autoren haben Polizeibeamte monatelang auf ihren Streifengängen begleitet und ihre Beobachtungen aufgezeichnet.

Die Beispiele zeigen zugleich, daß auch ein weiterer Punkt oft nicht beachtet wird: Die Anhaltspunkte müssen auf das Vorliegen bestimmter Straftaten hindeuten. Einen "generalisierten Verdacht" ³⁷⁾ gibt es nicht. Dazu bemerken die beiden Autoren ³⁸⁾: "Das Täterbild der üblichen Polizeistreifen ³⁹⁾ beruht im wesentlichen auf der Unterscheidung zwischen "anständigen Leuten" und "Verdächtigen" ⁴⁰⁾. Diese Unterscheidung orientiert sich an der Gegend, in der sich diese Personen aufhalten, an ihrem Aussehen und Benehmen, das als verdächtig charakterisiert wird. "Es ist Standardpraxis erfahrener Polizisten, alle merkwürdig gekleideten oder sonst von konventionellen Normen abweichenden Leute, die aufs Revier kommen, zunächst einmal selbst bei der Fahndung zu überprüfen, bevor man sich ihre Wünsche anhört. Gerade bei Jugendlichen kann aber auch die Tatsache besonders modischer Kleidung verdächtig wirken" ⁴¹⁾. Nun spricht allerdings ein gewisser kriminalistischer Erfahrungswert dafür, daß die so als "verdächtig" eingestuften Personen tatsächlich irgendwelche Straftaten begangen haben, was häufig dann eine, auf Grund des geschöpften "Verdachts" durchgeführte genauere Kontrolle (Personalienüberprüfung, Mitnehmen zur Wache usw.) zutage fördert. Mit der StPO zu vereinbaren ist ein solches Vorgehen jedoch nicht. Denn vor dem Beginn der ersten Ermittlungshandlungen müssen die zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte

37) Feest und Blankenburg, aaO, S. 35.

38) aaO.

39) Routinestreifen.

40) "Asoziale, Gschwerl, Grattler, Wilde, Halbseidene, Ganoven".

41) Feest und Blankenburg, aaO, S. 37.

bereits vorliegen. "Das Gesetz hat die Strafverfolgungsbehörde nicht dazu ermächtigt, nach strafbaren Handlungen zu "schnüffeln", sondern alleine dazu, ihr bekannte Anhaltspunkte für eine strafbare Handlung zu verfolgen" ⁴²⁾.

Über die Art und Weise der Feststellung der tatsächlichen Anhaltspunkte schweigen sich die meisten Kommentare aus. Lediglich bei Müller-Sax ⁴³⁾ findet man den Hinweis, die Tatsachen müßten zur Überzeugung der Strafverfolgungsbehörde feststehen ⁴⁴⁾. Das liefe auf eine Art Beweiswürdigung über das Vorliegen der tatsächlichen Anhaltspunkte hinaus. Dem § 152 II StPO läßt sich in dieser Hinsicht nichts entnehmen. § 160 I StPO hingegen, der ebenfalls die Pflicht der Staatsanwaltschaft zum Einschreiten begründet, spricht von der Kenntnis der Staatsanwaltschaft vom Verdacht einer Straftat. Man könnte nun die Ansicht vertreten, § 152 II StPO diene dem Zwecke, zunächst zu prüfen, ob auf Grund der tatsächlichen Anhaltspunkte der für die Einleitung des Ermittlungsverfahrens erforderliche Verdacht vorliegt. Das würde auf ein dem Ermittlungsverfahren vorgelagertes Prüfungsverfahren hinauslaufen, das jedoch die Strafprozeßordnung nicht kennt ⁴⁵⁾. Vielmehr fallen die in § 152 II und § 160 I StPO festgelegten Zeitpunkte für den Beginn der Verfolgungstätigkeit zusammen; die Begriffe "Verdacht einer Straftat" und "zureichende tatsächliche Anhaltspunkte"

42) Müller-Sax, KMR, Anm. 3 bb zu § 152.

43) KMR, Anm. 3 b aa zu § 152.

44) So auch hinsichtlich der Feststellung der Tatsachen beim dringenden Tatverdacht des § 112 I StPO: Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 277; Kleinknecht, MDR 1965, 781.

45) Vgl. Müller-Sax, KMR, Anm. 1 zu § 158; Peters, Strafprozeß, S. 458; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 297; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, StPO, vor § 158, Anm.9

sind als gleichbedeutend zu behandeln⁴⁶⁾. Zureichende tatsächliche Anhaltspunkte liegen demnach vor, wenn die Staatsanwaltschaft von ihnen Kenntnis erhält, wie sich aus einem "Zusammenlesen" der beiden Vorschriften unschwer ergibt⁴⁷⁾. Da § 163 I StPO die Polizei für den sog. "ersten Zugriff" der Staatsanwaltschaft gleichsetzt⁴⁸⁾, gilt dasselbe für die Polizei.

Man möge einwenden, die Staatsanwaltschaft nehme doch nur in den seltensten Fällen die Merkmale einer Straftat selbst wahr. Das trifft zu, erschüttert jedoch die hier vorgetragene Ansicht nicht. Denn die in § 152 II StPO genannten "tatsächlichen Anhaltspunkte" müssen nicht mit den Merkmalen einer Straftat identisch sein. Bei einer Strafanzeige z.B. ist die Anzeige selbst der maßgebende Anhaltspunkt, nicht die mitgeteilten Tatsachen. Die Kombination zwischen Strafanzeige und mitgeteilten Tatsachen bedeutet bereits den ersten Schritt zur Bildung des Verdachts, mit der wir uns im nachfolgenden Abschnitt befassen. Käme es allein auf den Inhalt der Strafanzeige an, müßte die Staatsanwaltschaft einschreiten, wenn dieser alle Merkmale einer Straftat erkennen läßt. Die Einsicht, daß eine solche Verpflichtung nicht besteht, wenn ein amtsbekannter Querulant offensichtlich unwahre Behauptungen aufstellt, erhellt, daß für die Auslösung des Verfolgungszwanges allein die der Staatsanwaltschaft - oder den sonstigen Strafverfolgungsorganen - zur Kenntnis gebrachten Tatsachen maßgebend sind.

46) so von Hindte, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren S.22; Müller-Sax, KMR, Anm. 2 a zu § 160; vgl. auch Kleinknecht, StPO, Anm. 2 zu § 152; Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 10 zu § 152.

47) Die Redewendung in § 160 I StPO "von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält" ergibt, wörtlich genommen, keinen rechten Sinn. Denn das hieße nur: "davon Kenntnis erhält, daß irgend jemand Verdacht hat" (Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Band II, S. 335). Nun kann die Staatsanwaltschaft nicht zum Einschreiten verpflichtet sein, wenn sie erfährt, daß irgend jemand Verdacht hat. Vielmehr kommt es auf ihren eigenen Verdacht an.

48) Kleinknecht, StPO, Anm. 1 A zu § 160.

II. Die Struktur und die Bildung des Verdachts

Die tatsächlichen Anhaltspunkte in der konkreten Lebenswirklichkeit und der vom Strafgesetz abstrakt beschriebene Vorgang sind nur einzelne Elemente des komplexen Begriffs "Verdacht". Zwischen diesen beiden Elementen muß eine Beziehung bestehen. Diese Verbindung stellt der Ausdruck "zureichend" in § 152 II StPO her. Zureichend sind die tatsächlichen Anhaltspunkte dann, wenn sie auf die nahe-
liegende Möglichkeit des Gegebenseins einer strafbaren und verfolgbaren Handlung hindeuten ^{48 a)}.

1. Ausgangspunkt der Verdachtsbildung beim Strafverfolgungsbeamten ist die Kenntnisaufnahme konkreter Tatsehehen. Aus diesen zieht er die Schlußfolgerung, daß und wie sich ein in der Vergangenheit liegender, strafrechtlich relevanter Sachverhalt ereignet hat ⁴⁹⁾. Das ist aber im Grunde genommen die gleiche Methode, die der Richter bei der Beweiswürdigung für die Hauptentscheidung verwendet. Denn da der Richter den Sachverhalt ebenfalls nicht aus eigener Anschauung kennt, nicht einmal kennen darf, wenn seine Stellung als Richter in diesem Verfahren nicht gefährdet sein soll ⁵⁰⁾, kann er ihn niemals unmittelbar, sondern nur dadurch erfassen, daß er bei der Beweiswürdigung aus den Beweisen die entsprechenden Schlüsse zieht ⁵¹⁾. Dem Strafverfolgungsbeamten liegen zwar noch keine Beweise

48a) Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 10 zu § 152;
Müller-Sax, KMR, Anm. 3 b zu § 152;
Lüttger GA 1957, 194.

49) Wobei allerdings die Vorstellungen hiervon noch verschwommen und bruchstückhaft sein wird.

50) Vgl. § 22 Nr. 5 StPO und zum Verbot der Verwertung privaten Wissens: Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 224 f.

51) Schünemann, ZStrW 84, 875.

i.S. der StPO vor. Er muß sich insoweit mit den tatsächlichen Anhaltspunkten, die meist nur Indizien darstellen, begnügen. Die Methode ist aber die gleiche ⁵²⁾. Methodisch gesehen geht es bei der Verdachtsbildung um "eine über den Daumen gepeilte Beweiswürdigung".

Damit wird die eigentliche Struktur des Verdachts sichtbar. Der Tatverdacht ist ein Wahrscheinlichkeitsurteil über die Hypothese, daß der Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklicht worden ist ⁵³⁾. Wie bei der Urteilsbildung handelt es sich auch hier um eine "retrospektive Beurteilung der Sachlage" ⁵⁴⁾. Deswegen ist die Konstruktion einer Wahrscheinlichkeitsprognose im Hinblick auf die künftige Verurteilung abzulehnen ⁵⁵⁾. Bei der Prognose geht es um die Beurteilung eines künftigen Geschehens; sie weist in die Zukunft. Das zu ergehende Urteil liegt zwar auch in der Zukunft. Mit ihm soll aber ein in der Vergangenheit liegender Sachverhalt, um den es schließlich geht, erfaßt und gewürdigt werden, so daß die Konstruktion einer Prognose jedenfalls einen überflüssigen Umweg bedeutet ⁵⁶⁾. Zudem sind in diesem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens die Anhaltspunkte einer Straftat häufig noch so spärlich, daß ein richterliches Urteil nicht vorausberechnet werden kann. Die Notwendigkeit einer positiven prozessualen Prognose der Wahrscheinlichkeit einer späteren Verurteilung gehört daher nicht unbedingt zum Begriff des Verdachts ⁵⁷⁾.

52) Kleinknecht, StPO, Einl. 1 J a.

53) So auch Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 277 im Rahmen des § 112 I StPO.

54) Lüttger, GA 1957, 197.

55) so aber Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Band I, S. 226; Michallick, Die Durchsuchung von Personen, S. 54.

56) Inwieweit im Rahmen der §§ 170 I, 203 StPO eine Prognoseentscheidung zu treffen ist: Vgl. Lüttger, GA 1957, 197.

57) so auch von Hindte, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, S. 34.

Allerdings ist es zulässig, die Frage der Beweisbarkeit strafbaren Verhaltens in die Verdachtsbildung einfließen zu lassen ⁵⁸⁾.

2. Ob im Strafprozeß der subjektive, logische oder objektive Wahrscheinlichkeitsbegriff gilt ⁵⁹⁾, kann offenbleiben, wenn wir die Grundsätze herausgearbeitet haben, an denen sich der Beurteiler bei der Verdachtsbildung zu orientieren hat. Es sind dies im wesentlichen die gleichen, die für den Richter bei dessen Überzeugungsbildung im Rahmen des § 261 StPO gelten, nämlich die Denkgesetze, Naturgesetze, die wissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse, die allgemeinkundigen Tatsachen und die allgemeinen Erfahrungssätze (Lebenserfahrung).

Daß der Richter und ebensowenig der Strafverfolgungsbeamte nicht im Widerspruch zu den Denkgesetzen, also Sätzen der Logik, und den Naturgesetzen seine Schlußfolgerungen ziehen darf, leuchtet ohne weiteres ein. Dazu hätte es nicht noch eines ausdrücklichen Ausspruchs des BGH ⁶⁰⁾ bedurft. Nicht so eindeutig stand es mit den wissenschaftlich gesicherten Forschungsergebnissen. Denn diese beruhen oft auf Wertungen und Wahrscheinlichkeitsrechnungen, die keine absolute Gewißheit und Gesetzmäßigkeit zu vermitteln vermögen. Gleichwohl hat der BGH ausgesprochen, daß solche wissenschaftliche Erkenntnisse als für den Richter verbindlich hinzunehmen und bei der Feststellung von Tatsachen zu beachten sind ⁶¹⁾. Dem BGH hat

58) von Hindte, aaO.

59) Vgl. hierzu Schünemann, ZStrW 84, 876. Schünemann meint, daß für den Richter der objektive Wahrscheinlichkeitsbegriff gilt. Für ein Wahrscheinlichkeitsurteil vom Standpunkt des objektiven Betrachters auch: V. Gerlach, NJW 1969, 781 und Geerds GA 1965, 372; dagegen: Artzt, Kriminalistik 1970, 381; Lüttger, GA 1957, 203, Fußn. 71.

60) BGHSt 6, 72; 10, 211.

61) BGHSt 21, 159; 6, 72; 5, 36.

sich auch das Schrifttum angeschlossen⁶²⁾. Für den Strafverfolungsbeamten gilt insoweit die gleiche Bindung.

Auch allgemeinkundige Tatsachen, das sind solche Vorgänge, von denen verständige Menschen regelmäßig Kenntnis haben oder über die sie sich aus zuverlässigen Quellen ohne besondere Fachkunde sicher unterrichten können⁶³⁾, prüft der BGH in der Revision auf ihre inhaltliche Richtigkeit nach⁶⁴⁾. Das heißt: auch solche Tatsachen haben der Richter und der Strafverfolungsbeamte hinzunehmen, wie sie sind. Für eine Wertung bleibt kein Raum.

Während die bisher genannten Grundsätze für den Strafverfolungsbeamten seltener aktuell werden, spielen die allgemeinen Erfahrungssätze eine weitaus wichtigere Rolle. Denn in den wenigsten Fällen wird er sich bei seiner Verdachtsbildung im Widerspruch zu Denkgesetzen, allgemeinkundigen Tatsachen und wissenschaftlichen Erkenntnissen befinden, oder umgekehrt: kann er sich auf solche Erkenntnisse stützen; meist wird er sich an allgemeinen Erfahrungssätzen orientieren. Zu den allgemeinen Erfahrungssätzen gehören auch kriminalistische Erfahrungsregeln, sofern sie nicht in die Gruppe der wissenschaftlichen Erkenntnisse fallen⁶⁵⁾.

62) Z.B. Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, Anm. 5 b zu § 261; Eb. Schmidt Lehrk., Teil II, Erl. 23 zu § 261.

63) BGHSt 6, 293.

64) BGHSt 6, 296.

65) Die Grenzen sind flüssig. Die Unterscheidung kann vernachlässigt werden. Denn maßgebend ist nicht die Zugehörigkeit zu der einen oder anderen Gruppe, sondern nur, ob der Satz, bezogen auf den entscheidungserheblichen Anwendungsbereich, eine zwingende Folgerung enthält oder eine Wahrscheinlichkeitsaussage: Gollwitzer in Löwe-Rosenberg, Anm. 5 b zu § 261, Fußn. 36.

Allgemeine Erfahrungssätze bieten sehr oft keine gesicherte Gewißheit, sondern nur eine mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit dafür, daß aus einer bestimmten Gegebenheit eine bestimmte andere folgen wird ⁶⁶⁾. Deshalb geben sie auch keine festen Grenzen dafür ab, ob eine bestimmte Schlußfolgerung zulässig oder unzulässig ist. Soll für den Strafverfolgungsbeamten eine bestimmte Schlußfolgerung, die seinen Verdacht trägt, verboten sein, nur weil sie nach den allgemeinen Erfahrungssätzen unwahrscheinlich ist?

Die hier auftretende Problematik hat die Rechtsprechung im Rahmen des § 261 StPO wiederholt beschäftigt. Das OLG Hamm ⁶⁷⁾ hat eine landgerichtliche Entscheidung wegen Überschreitung der Grenzen der freien Beweiswürdigung aufgehoben, weil das Landgericht zur Begründung des Schuldvorwurfs eines Ladendiebstahls u.a. anführte, die Angeklagten hätten keine allzu strengen Moralbegriffe, wie ihrem Verhalten in der Ehe zu entnehmen sei. Das OLG Hamm sagt dazu: "Ein ehebrecherisches Verhalten läßt nicht den Schluß zu, dem Betreffenden sei auch ein Diebstahl zuzutrauen". Ein solches Verfahren sei nur dann angängig, wenn das frühere Verhalten eines Angeklagten geeignet ist, seine Persönlichkeit gerade in Beziehung auf die gegenwärtige Tat besonders zu kennzeichnen. Ähnlich urteilt der BGH ⁶⁸⁾. Das OLG Köln ⁶⁹⁾ verlangt, der Tatrichter müsse seine Strafzumessung auf adäquate Tatsachen gründen. Aus diesen Urteilen läßt sich die Folgerung ableiten ⁷⁰⁾, daß auch

66) Eb. Schmidt, JZ 1970, 338.

67) GA 1969, 26.

68) MDR 1969, 194 bei Dallinger.

69) NJW 1954, 1053.

70) So Eb. Schmidt, JZ 1970, 339.

allgemeine Erfahrungssätze, aus denen sich keine naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten, sondern nur Wahrscheinlichkeiten ergeben, Grenzen für die freie Beweiswürdigung bilden. Die Tatsache, aus der eine bestimmte Schlußfolgerung gezogen wird, muß nach allgemeiner Lebenserfahrung hierfür geeignet oder adäquat sein. Trotzdem ist eine feste Grenzziehung schwierig. Gollwitzer ⁷¹⁾ sieht einen Verstoß gegen solche Erfahrungssätze dann, wenn aus einer Tatsache ein Schluß auf eine andere gezogen wird, obwohl kein einsichtiger Grund diese Schlußfolgerung trägt. Griffinger scheint mir der Vorschlag Eb. Schmidt's ⁷²⁾ zu sein: Die Grenzen des § 261 StPO sind dann verletzt, wenn zwischen den durch die Schlußfolgerung verknüpften Tatsachen keinerlei Adäquanzverhältnis besteht.

Diese gewonnene Erkenntnis gilt es nun auf die Verdachtsbildung zu übertragen. Der Strafverfolgungsbeamte zieht aus einer ihm zur Kenntnis gebrachten Tatsache i.S. des § 152 II StPO den Schluß auf einen die Tatbegehung betreffenden Umstand. Ob ein solcher Schluß gerechtfertigt ist, beurteilt sich nach Eb. Schmidt, dem wir insoweit folgen wollen, nach dem Adäquanzverhältnis. Das bedeutet: Die Möglichkeit des Gegebenseins einer strafbaren Handlung darf nicht so entfernt sein, daß sie nach Auffassung des Lebens (nach allgemeiner Lebenserfahrung) vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann.

3. Mit dieser Formel berühren wir zugleich ein erkenntnistheoretisches Problem, das im Rahmen dieser Arbeit nicht ausgelotet werden kann, nämlich die Frage, welcher Grad von Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der Straftat

71) In Löwe-Rosenberg, StPO, § 261, Anm. 5 c

72) JZ 1970, 339

sprechen muß. Schon diese Fragestellung ist schief; denn die Wahrscheinlichkeit läßt sich nicht in Grade einteilen. Üblicherweise verwendet man in der Rechtswissenschaft die Stufenfolge: Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit, Sicherheit ⁷³⁾, wobei man hinsichtlich der letzten Stufe eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genügen läßt, da es eine absolute Sicherheit nicht gibt. Ob man zwischen der Möglichkeit und der Wahrscheinlichkeit klar unterscheiden kann ⁷⁴⁾, können wir hier offenlassen. Denn die Möglichkeit, die in unserer Formel Eingang gefunden hat, ist nicht nur eine theoretische, denkgesetzlich mögliche, sondern ihr Maß ist durch die Begriffe "nach Auffassung des Lebens" und "vernünftigerweise" angereichert, so daß man auch von einer nahe-
liegenden reellen Möglichkeit i.S. eines höheren Maßes sprechen könnte, das man auch als Wahrscheinlichkeit bezeichnet ⁷⁵⁾. Zu betonen ist dabei, daß es hier nur gilt, das Mindestmaß des Anfangsverdachts festzulegen, welches für schwerwiegende Eingriffe, z.B. nach §§ 80 - 81 c, 94, 99, 100 a StPO noch nicht genügt. ⁷⁶⁾.

In der Literatur ist bestritten, ob für den Anfangsverdacht die Möglichkeit des Gegebenenseins einer strafbaren Handlung genügt ⁷⁷⁾, oder ob hierfür eine gewisse, wenn

73) Bruns, JZ 1958, 650.

74) Bejahend Bruns, JZ 1958, 652.

75) Vgl. Bruns, JZ 1958, 652.

76) Vgl. BVerfGE 17, 117.

77) So Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 10 zu § 152;
Nagler, GS 111, 361;
Peters, Strafprozeß, S. 421, 422;
Lüttger, GA 1957, 194;
auch BVerfGE 20, 185.

auch geringe Wahrscheinlichkeit sprechen muß ⁷⁸⁾. Ausdrücklich gehen auf dieses Problem lediglich Müller-Sax ⁷⁹⁾ ein. Sie lehnen die bloße Möglichkeit unter Hinweis auf das Merkmal "zureichend" ab und fordern eine gewisse Wahrscheinlichkeit.

Das Merkmal "zureichend" in § 152 II StPO gibt jedoch keinen sicheren Anhaltspunkt. Der Ausdruck ist zu unbestimmt. Denn auch eine Möglichkeit kann "zureichend" sein. Einen Anhaltspunkt können wir vielleicht dadurch gewinnen, daß wir fragen, welche Wahrscheinlichkeit am Ende des Prozesses, bei der Verurteilung, vorliegen muß. Denn es kann für die Einleitung des Ermittlungsverfahrens keine größere Wahrscheinlichkeit gefordert werden als für die Verurteilung.

Die Frage scheint verfehlt zu sein. Denn der Wahrscheinlichkeitsgedanke hat sich im Rahmen des § 261 StPO längst als unbefriedigend, sogar gefährlich erwiesen ⁸⁰⁾. Der BGH ⁸¹⁾ hat es auch ausdrücklich abgelehnt ⁸²⁾, einen, wenn auch noch so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für die Verurteilung ausreichend sein zu lassen. Das gilt jedoch nur für die Obergrenze. Die Überzeugung des Richters ist nicht an Wahrscheinlichkeitsgrade gebunden. Der Richter braucht auch bei einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit nicht von der Täterschaft des Angeklagten überzeugt zu sein. Dagegen gibt der BGH ⁸³⁾ eine

78) So Müller-Sax, KMR, Anm. 3 zu § 152; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, StPO, Anm. 6 zu § 152; Hoffmann in Die Polizei, 1969, 12; Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Bd. II S. 335; und im Rahmen des § 102: Peters, Beweisverbote, S. 143; Kaufmann, Der polizeiliche Eingriff, S. 99.

79) KMR, Anm. 3 zu § 152.

80) Bruns, JZ 1958, 650.

81) BGHSt 10, 210.

82) Gegen RGSt 61, 206; RGSt 51, 127; 58, 130; RG JW 1931, 2576 sprechen von einer "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit".

83) BGH NJW 1955, 1055.

unterste objektive Grenze an, einen Mindestwahrscheinlichkeitsgrad, der bei einer Verurteilung vorliegen muß: Die Erwägungen, die die richterliche Überzeugung vom Tathergang stützen, müssen denkgesetzlich oder nach allgemeiner Lebenserfahrung zumindest möglich sein.

Das Ergebnis ist frappierend. Die Überzeugung unterscheidet sich nicht quantitativ von dem in § 152 II geforderten Minimalverdacht ⁸⁴⁾. Für beide gilt die gleiche Wahrscheinlichkeitsstufe. Es genügt die Möglichkeit des Gegebenseins einer strafbaren Handlung. Der Unterschied zwischen Verdacht und Überzeugung liegt in der psychologischen Einstellung des Beurteilers. Auf den psychologischen Charakter des Verdachts müssen wir deshalb noch kurz eingehen.

4. Die Verdachtsbildung ist, ähnlich wie die richterliche Überzeugungsbildung, das Ergebnis sog. kognitiver Prozesse ⁸⁵⁾. Der Vorgang der Verdachts- bzw. Überzeugungs-entwicklung läßt sich in einem informationstheoretischen Modell darstellen, an dessen einem Pol das individuell variierende Wissen um den Tathergang steht ("input") und am anderen Ende der kommunizierbare, sozusagen "fertige" Verdacht, bzw. die Überzeugung ("output"). Zwischen die beiden Endpunkteschieben sich individuell-psychologische Komponenten, die man gemeinhin unter dem Oberbegriff "Persönlichkeit" subsumiert. Die "Persönlichkeit" übt auf die Auffassung und die Wahrnehmung (= input) eine extreme, individuell unterschiedliche Selektions- und Variationswirkung aus, wirkt also bildlich gesprochen als "Filter".

84) Andere Ansicht: Fincke, GA 1971, 43.

85) Zur Kognition zählen alle Erkenntnisprozesse wie Wahrnehmung, Erkennen, Vorstellen, Urteilen, Gedächtnis, Lernen, Denken, Sprache. Siehe dazu: Arnold W., Eysenck H.J., Meili R. (Hrsg), Lexikon der Psychologie, Band 2, S. 197.

Daraus erklärt sich die Tatsache, daß der Kommunikations-effekt (= output), nämlich der Verdacht, zwischen den einzelnen Strafverfolgungsbeamten variiert, obwohl sie die gleichen realen Anhaltspunkte, die Stimuli, aufnehmen. Dem einen kommt die Sache verdächtig vor, dem anderen nicht. Zwischen Stimulus und Effekt, den beiden objektivierbaren Polen dieses Prozesses, liegen die oben erwähnten Persönlichkeitsfaktoren, die für die individuellen Differenzen in der Verdachtsbildung verantwortlich sind. Diese inneren Faktoren lassen sich in zwei große, sehr komplexe Gruppen fassen, die mehr anlagebedingten Prädispositionen und die in der Ontogenese erlernten und erworbenen Variablen. Unter ersteren sind vor allem funktionelle und intellektuelle (Wahrnehmung, Kognition, Intelligenz), unter letzteren hauptsächlich emotionale und motivationale Variablen (Gefühl, Aufmerksamkeit, Aufnahmebereitschaft, Motivation) zu fassen. Beide Variablengruppen beeinflussen den Empfänger in der Wahrnehmung gewisser Stimuli (= Verdachtsmomente) in Richtung größerer Aufgeschlossenheit bzw. Unempfänglichkeit. Da bei der Verdachtsbildung rein persönliche Momente mit im Spiel sind, kann die Entscheidung, ob ein für die Einleitung von Ermittlungsmaßnahmen ausreichender Verdacht vorhanden ist, innerhalb des oben aufgezeigten Rahmens so oder so ausfallen. Wegen des möglichen unterschiedlichen Ergebnisses geht die überwiegende Meinung dahin, daß es sich um eine Ermessensentscheidung handle⁸⁶⁾. Dem kann nicht zugestimmt werden. Denn wenn die vorhandenen tatsächlichen Anhaltspunkte "zureichend"

86) BayObLG NJW 1957, 1772;
OLG Nürnberg GA 1967, 348;
Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 11 zu § 152;
Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, StPO, Anm. 6 zu § 152;
Kaiser, NJW 1965, 2380;
Artzt Kriminalistik 1970, 384;
von Hindte, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren
S. 37.

sind, setzt der Verfolgungszwang ein. Die Entscheidung "Vorliegen eines Verdachts" und "Aufnahme der Ermittlungen" fällt zusammen. Da kein Wahlrecht zwischen Verfolgung und Nichtverfolgung besteht, kann keine Ermessensentscheidung inmitten liegen, bei der der Gesetzgeber mehrere Entscheidungen als rechtmäßig ansieht ⁸⁷⁾.

Vielmehr gibt es bei einem bestimmten Sachverhalt nur eine richtige Lösung. Daraus erhellt, daß der Verdacht rechtlich als unbestimmter Rechtsbegriff zu qualifizieren ist ⁸⁸⁾, bei dem zwar theoretisch nur eine richtige Lösung, in praxi jedoch verschiedene Ergebnisse möglich sind ⁸⁹⁾.

Nach diesen notwendigen grundlegenden Erörterungen müssen wir auf den wesentlichen Unterschied zwischen Überzeugung und Verdacht zurückkommen. Er besteht, wie schon angedeutet, in der verschiedenen psychologischen Einstellung des Beurteilers. Überzeugung ist das Wahrheitsbewußtsein, "daß das vorgestellte Objekt, so wie es vorgestellt wird, wirklich sei" ⁹⁰⁾. Man kann es auch negativ ausdrücken, nämlich als Nichtbezweifeln, daß der Gegenstand der Überzeugung in dieser bestimmten Weise beschaffen sei ⁹¹⁾. Eine weitere Begriffsbestimmung: Überzeugung ist "die durch eigenes Urteil gewonnene Einsicht, das auf Gründe gestützte Fürwahrhalten" ⁹²⁾. Demgegenüber ist der Verdacht eine psychologische Einstellung,

87) Vgl. zur Lehre vom Ermessen: Hüttl DVBl. 1965, 65.

88) so BGH JZ 1970, 730.

89) vgl. zum unbestimmten Rechtsbegriff: Eyermann-Fröhler, VwGO, Rdnr. 11 zu § 114 m.w.N.

90) Maier H., Psychologie des emotionalen Denkens, S. 159.

91) Endruweit, Die Wahlfeststellung, S. 117.

92) Hofmeister J., Wörterbuch der philosophischen Begriffe, S. 626.

die stets vorläufiger Natur ist. Es fehlt dem Verdacht also das Moment der Dauer. Psychologisch gesehen findet also beim Verdacht im Gegensatz zur Überzeugung keine Internalisation statt ⁹³⁾. Wenn jemand einen Verdacht hat, dann nimmt er zwar im Moment auch an, daß sich die Sache so, wie er sie sich vorstellt, verhalte; aber er weiß, daß er noch weiter prüfen muß und ist sich bewußt, daß er nach weiterer Prüfung zu einer anderen Auffassung gelangen könnte ⁹⁴⁾. Mit dieser Unterscheidung zwischen Überzeugung und Verdacht soll nicht gesagt sein, daß der Strafverfolgingsbeamte von dem Gegebensein einer strafbaren Handlung nicht überzeugt sein darf. Er darf selbstverständlich überzeugt sein, aber er braucht es nicht.

Zusammenfassend können wir damit den Verdacht wie folgt definieren:

Ein Verdacht besteht, wenn auf Grund der Kenntnissnahme tatsächlicher Anhaltspunkte nach dem Wahrscheinlichkeitsurteil des Strafverfolgingsbeamten, das dieser anhand von Erfahrungssätzen und unter Beachtung der Denk- und Naturgesetze fällt, das Gegebensein einer strafbaren und verfolgbaren Handlung möglich ist.

93) vgl. Endruweit, aaO, S. 119.

94) Ehrenzweig, JZ 1929, 85.

III. Der Verdächtige

Nachdem nun der Verdacht genau analysiert ist, bereitet der Begriff des Verdächtigen keine Schwierigkeiten mehr. Denn er stellt lediglich eine Ausweitung der bisher gewonnenen Grundsätze in Bezug auf eine bestimmte Person dar. Das Verfahren ist im wesentlichen gleich.

1. Die besondere Beziehung des Verdächtigen zum Tatverdacht hebt ihn aus dem Kreis der unbescholtenen Bürger heraus. Denn es leuchtet ohne weiteres ein, daß der Tatverdacht allein, der sich nur auf die Straftat als solche bezieht, noch nicht genügt, um irgendwelche Bürger Kontrollen und strafprozessualen Zwangsmaßnahmen zu unterwerfen. Vielmehr müssen zu dem oben beschriebenen Verdacht noch zusätzliche konkrete Anhaltspunkte hinzukommen, die auf den Betreffenden als möglichen Täter oder Teilnehmer einer strafbaren Handlung hindeuten ¹⁰⁸⁾. Auch hier wirken also strafrechtliche und strafprozessuale Gesichtspunkte in der oben beschriebenen Weise zusammen. Es gelten, was den Bezug zwischen den konkreten tatsächlichen Anhaltspunkten und dem strafrechtlichen Täterbegriff angeht, die gleichen oben entwickelten Grundsätze und Grenzen. Schwierigkeiten bereitet vor allem die Abgrenzung des unzulässigen Gruppenverdachts von dem zulässigen Individualverdacht. Denn auch zwei oder mehrere Personen, die sich als Täter gegenseitig ausschließen, können für dieselbe Tat gleichzeitig verdächtig sein ¹⁰⁹⁾. Überschrei-

108) Michallek, Die Durchsuchung, S. 56 f

109) Vgl. Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm 1 zu § 102

tet dagegen der Kreis der verdächtigen Personen einen gewissen Umfang, so wird die Möglichkeit, daß jeder dieser Personen die Straftat begangen hat, eine so entfernte sein, daß sie vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann. Zwei Beispiele mögen das Problem verdeutlichen:

Ein Gastgeber zeigt seinen Gästen einen kostbaren Edelstein. Der Stein geht von Hand zu Hand ohne aber letzten Endes zu seinem Eigentümer zurückzukehren. Eine Umfrage bleibt erfolglos.

Dünnebier ¹¹⁰⁾ bezeichnet bei diesem Beispiel jeden Gast als verdächtig. Dem wird man zustimmen können. Denn das Verschwinden des Edelsteins erweckt den Verdacht des Diebstahls. Die Anwesenheit und die Besichtigung sind konkrete Anhaltspunkte, die jeden Gast nach allgemeiner Lebenserfahrung als möglichen Täter dieses Diebstahls erscheinen lassen. Schwieriger ist der zweite Fall zu entscheiden ¹¹¹⁾:

In einem vollbesetzten Omnibus schrie plötzlich eine Frau auf und behauptete, daß ihr soeben 800,--DM entwendet worden seien. Sie gab an, daß sie nach Abfahrt von der letzten Haltestelle das Geld noch besessen habe. Der mitfahrende Einzeldienstbeamte wies den Fahrer an, zum nächsten Polizeirevier zu fahren. Hier wurden sämtliche Fahrgäste namentlich festgestellt und - ohne Erfolg - durchsucht. Auch der Omnibus wurde erfolglos durchsucht.

Michallek ¹¹²⁾ verneint bei diesem Beispiel bereits den Tatverdacht. Die bloße Behauptung der Frau schaffe noch keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte, da z.B. auch ein Irrtum hätte vorliegen können. Auch sei es

110) In Löwe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 102

111) Berichtet von Stottmann, Kann ich ... einschreiten? S. 574

112) Die Durchsuchung, S. 58, Fußn. 110

eine kriminalistische Erfahrung, daß man in derartigen Fällen sehr vorsichtig sein muß, weil häufig ein Diebstahl nur vorgetäuscht wird, um einen Vermögensverlust durch Spiel, außereheliche Beziehungen, eine begangene Veruntreuung und ähnliche Verfehlungen zu vertuschen. Stottmann ¹¹³⁾ hält dagegen alle Fahrgäste für verdächtig. Bejaht man den Tatverdacht, weil die Frau insoweit glaubwürdig ist, oder weil ihre Behauptung von einer glaubwürdigen Begleitperson unterstützt wird, so bleibt als tatsächlicher Anhaltspunkt für eine Täterschaft eines jeden einzelnen Fahrgastes nur seine Anwesenheit im Omnibus. Nach der, beim Tatverdacht aufgestellten Formel muß man nun fragen, ob die Möglichkeit, daß ein jeder der Fahrgäste der Täter ist ¹¹⁴⁾ so entfernt ist, daß sie nach Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann. Bei jedem einzelnen Fahrgast ist diese Frage hinsichtlich seiner Person zu stellen. Man sieht, daß man im vorliegenden Fall bereits auf eine gewisse Grenze stößt. Denn die Möglichkeit der Täterschaft eines jeden einzelnen wird immer geringer, je größer der Personenkreis wird. Ab einer bestimmten Größe wird man die Zugehörigkeit zu einer Gruppe nicht als ausreichendes Indiz ansehen können, sondern noch zusätzliche Anhaltspunkte fordern müssen. Die Grenzen sind sicherlich in folgendem Mordfall überschritten:

In Bamberg erregte vor einigen Jahren die Ermordung eines Studenten großes Aufsehen. Der Student wollte sich gerade von seiner Freundin vor deren Haustüre verabschieden, als sich ein Mann mit tänzelnden Schritten näherte

113) AaO, S. 575

114) Falsch wäre es, darauf abzustellen, ob irgendeiner der Fahrgäste der Täter ist.

und ihn mit einem einzigen Stich in den Rücken, der bis ins Herz vordrang, tötete. Man konnte feststellen, daß der Täter ein amerikanischer Soldat schwarzer Hautfarbe aus der Bamberger Kaserne war. Dort befinden sich aber mehr als 2 500 solche Soldaten. Sie alle des Mordes zu verdächtigen, geht zu weit. Wann generell die Grenze erreicht ist, kann man zahlenmäßig nicht festlegen. Sie zu finden bleibt dem einzelnen Strafverfolgungsbeamten unter Beachtung der aufgezeigten Grundsätze überlassen.

2. Bereits bei der Prüfung der Voraussetzungen des Tatverdachts haben wir gesehen, daß das Strafrecht auch negative Voraussetzungen enthält, die den Tatverdacht zerstören. Da sie sich häufig erst im Zusammenhang mit einer bestimmten Person feststellen lassen, wurde die Untersuchung in diesen Abschnitt verwiesen. Diese negative strafrechtliche Komponente muß nun kurz erläutert werden.

Nach dem Strafrecht ist eine Handlung nicht strafbar, wenn dem Täter ein Rechtfertigungsgrund oder Schuldausschließungsgrund zur Seite steht. Da sich der Verdacht auf eine strafbare Handlung beziehen muß, wirken also auch diese strafrechtlichen Gesichtspunkte auf die Verdachtsbildung ein. Die Anwendbarkeit eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes steht der Zuordnung zum Kreise der Verdächtigen entgegen ¹¹⁵⁾. Obwohl

115) Eb. Schmidt, Lehr., Teil II., Erl. 8 zu § 102; ders. Teil I, Erl. 387; Müller-Sax, KMR, Anm. 2 a zu § 102; Kaufmann, Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte, S. 100.

Strafausschließungsgründe und Strafaufhebungsgründe das Schuldurteil gegen den Täter und damit den Bestand seiner Straftat unangetastet lassen ¹¹⁶⁾, beseitigen sie dennoch den Verdacht ¹¹⁷⁾. Denn sie bewirken, daß der Täter nicht bestraft werden kann. Dann ist es aber auch sinnlos, gegen den Betreffenden ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, da der Zweck des Ermittlungsverfahrens dahingeht, den Verdächtigen der Bestrafung zuzuführen. Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe werden häufig nicht sofort sicher festgestellt werden können. Entsprechend ihrer Einordnung als negative Voraussetzungen zerstören sie daher den Verdacht nur, wenn der Strafverfolgungsbeamte an ihrem Vorliegen nicht mehr zweifelt, sondern sichere Kenntnis hat ¹¹⁸⁾.

3. Auch das Strafprozeßrecht enthält negative Voraussetzungen des Tatverdachts. Das geht schon aus § 152 StPO hervor, der von "verfolgbaren" Handlungen spricht. Verfahrenshindernisse können also ebenfalls den Tatverdacht zerstören. Hier ist jedoch zu unterscheiden: Nicht zu beseitigende Verfahrenshindernisse stehen einem Verdacht immer entgegen. Ist das Vorliegen eines solchen Hindernisses zweifelhaft, so hat die Strafverfolgungsbehörde die Ermittlungen zunächst auf diesen Punkt zu beschränken ¹¹⁹⁾. Zu beseitigende Hindernisse lassen dagegen den Tatverdacht unberührt ¹²⁰⁾, obwohl sie während

116) Maurach, Deutsches Strafrecht, AT, S. 355

117) Eb. Schmidt, Lehrk., Teil II. Erl. 8 zu § 102
Kaufmann, Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten
und Rechte, S. 100

118) Ähnlich Michallek, Die Durchsuchung, S. 54: "sichere Kenntnis"

119) Müller-Sax, KMR, Anm. 2 c zu § 160

120) Michallek, Die Durchsuchung, S. 53

der Zeit ihres Bestehens einer Strafverfolgung und auch einem Ermittlungsverfahren grundsätzlich entgegenstehen¹²¹⁾. Das hängt damit zusammen, daß die Möglichkeit einer Bestrafung trotz ihres Vorliegens bestehen bleibt.

Zusammenfassend können wir den Verdächtigenbegriff folgendermaßen definieren:
Verdächtig ist derjenige, gegen den auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte nach dem Wahrscheinlichkeitsurteil eines Strafverfolgungsbeamten ein Tatverdacht vorliegt und dessen Verfolgung keine unüberwindlichen strafrechtlichen oder strafprozessualen Hindernisse entgegenstehen.

121) Müller-Sax, KMR, Anm 2 c zu § 160

2. Kapitel: Die Abgrenzung vom Beschuldigten

Den Verdächtigen gilt es nun vom Beschuldigten abzugrenzen. Beide Begriffe decken sich nicht. Die Abgrenzung ist für die Arbeit insofern bedeutsam, als die Prozeßstellung des "nur" - Verdächtigen oder "erst" - Verdächtigen untersucht werden soll. Der Verdächtige, der bereits Beschuldigter ist, interessiert uns nicht und muß daher aus der Betrachtung ausgeschieden werden. Wir werden sehen, daß der Begriff des Verdächtigen der weitergehende ist, der den des Beschuldigten mit umschließt. Aus Gründen der Logik kann daher eine Abgrenzung nur in der Weise erfolgen, indem man die Merkmale aufzeigt, die die Beschuldigteneigenschaft begründen.

I. Die Begriffsdivergenz zwischen Verdächtigen und Beschuldigten

1. Nicht jeder Verdächtige ist ein Beschuldigter. Diese Aussage ist weithin unbestritten. Lediglich nach Meinung von Eb. Schmidt ¹⁾ muß die Polizei jeden, der nach ihrer Auffassung irgendwie als tatverdächtig in Betracht kommt, als Beschuldigten behandeln. Die weit- aus h.M. in der Literatur geht davon aus, daß der Beschuldigtenbegriff wesentlich enger zu fassen ist als

1) Lehrk., Nachtragsband, Erl. 2 vor § 158;
Lehrk., Teil II, Erl. 7 zu § 81 b;
s. auch Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 120

der des Verdächtigen ²⁾. Streit besteht daher weniger darin, daß die beiden Begriffe verschieden sind, als darin, wie die Abgrenzung vorzunehmen ist. Da auch ein Beschuldigter verdächtig sein kann ³⁾, ist eine Abgrenzung nur dadurch möglich, daß man Kriterien herausarbeitet, die die Beschuldigteneigenschaft begründen. An Versuchen dieser Art hat es nicht gefehlt ⁴⁾. Wir werden später noch darauf zurückkommen.

2. Mit dem Beschuldigtenbegriff hat sich auch der BGH in Band 10, S. 8 ff eingehend auseinandergesetzt und festgestellt ⁵⁾: "Ob jemand in einem staatsanwaltlichen Strafverfahren die Stellung eines Beschuldigten mit der notwendigen Folge seiner Unfähigkeit, Zeuge zu sein, inne hat oder nicht, kann nicht allein danach beurteilt werden, ob er als Täter der den Gegenstand des Verfahrens bildenden Straftat oder als Teilnehmer daran verdächtig ist oder nicht. Der § 60 Nr. 3 StPO ... wird nur im Hinblick auf die rechtliche Möglichkeit verständlich und anwendbar, daß ein so Verdächtiger als Zeuge vernommen werden kann und wird. Es muß also zu einem so gearteten Verdacht - mag er auch noch so groß sein - eine weitere Voraussetzung hinzukommen, die dem Verdächtigen die mit der Rolle eines Zeugen unverträgliche Stellung eines Beschuldigten verleiht." So deutlich hat allerdings der BGH die beiden Begriffe "Verdächtiger" und "Beschuldigter" nicht immer auseinander-

2) V. Gerlach, NJW 1969, 781;
Fincke, NJW 1969, 1015;
Artzt, Kriminalistik 1970, 383;
Kleinknecht, StPO, Einl. 3 B a.

3) Sogar sein muß; s. unten S. 41

4) S. v. Gerlach, NJW 1969, 776 ff;
Artzt, Kriminalistik 1970, 379 ff;
Kleinknecht, Kriminalistik 1965, 451 f.

5) S. 10.

gehalten. Mißdeutungen läßt insbesondere der Beschluß vom 30.4.1968 ⁶⁾ aufkommen. Dort sagt der BGH, der Angeklagte hätte über seine Rechte aus § 136 I S. 2 StPO spätestens zu dem Zeitpunkt belehrt werden müssen, zu dem der Verdacht eines Vergehens entstand. Da § 136 I StPO eine Belehrungspflicht nur hinsichtlich eines Beschuldigten statuiert, könnte man aus dieser Stelle die Definition ableiten: Beschuldigter wird jemand zu dem Zeitpunkt, zu dem der Verdacht entsteht ⁷⁾. Der BGH sieht jedoch in diesem Beschluß den Zusammenhang zwischen Belehrungspflicht und Beschuldigteneigenschaft überhaupt nicht, wie Fincke ⁸⁾ zu Recht rügt. Deshalb wird man dem Beschluß auch keine Beschuldigtendefinition entnehmen können.

3. Daß nicht jeder Verdächtige Beschuldigter sein kann, leuchtet auch aus praktischen Erwägungen ohne weiteres ein. Häufig geraten am Anfang des Ermittlungsverfahrens mehrere Verdächtige in das Blickfeld der Polizeibeamten. "Bei einem Brand, dessen Ursachen aufgeklärt werden sollen, kann das halbe Dorf verdächtig sein, ihn gelegt zu haben, einschließlich des Hauseigentümers, seiner Angehörigen, Bediensteten, Nachbarn, Feinde und ganz besonders seiner Freunde" ⁹⁾. Sarstedt ¹⁰⁾ hat auch völlig Recht, wenn er schreibt, ein Polizeibeamter, der bei einer Schlägerei in ein Wirtshaus gerufen wird, kann seine Ermittlungen nicht gut damit anfangen, daß er sagt: "Ich möchte Sie alle gern etwas fragen, aber sie brauchen nichts zu sagen und können sich alle erst einmal mit Ihren Verteidigern besprechen." Aus diesen Beispielen

6) JZ 1968, 750 = NJW 1968, 1388.

7) So die Deutung von Fincke, NJW 1969, 1015, Fn. 17.

8) NJW 1969, 1015.

9) Sarstedt, in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 136.

10) AaO.

wird das Unsinnige der vorzeitigen Belehrung deutlich. Die Belehrungspflicht und die anderen in § 136 StPO genannten Hinweispflichten werden aber nicht deswegen hinfällig, weil sie unpraktisch sind - sonst könnte man mit dieser Begründung weite Teile des Gesetzes außer Kraft setzen - sondern weil es in diesem Stadium des Verfahrens zwar einen Verdächtigen, aber noch keinen Beschuldigten gibt.

Bei anderer Betrachtungsweise würde sich eine weitere, unpraktische Konsequenz ergeben: Wird ein Beschuldigter nicht angeklagt, so muß das Verfahren gegen ihn nach § 170 II StPO förmlich eingestellt werden. Selbst wenn eine Benachrichtigung nach § 170 II S. 2 StPO unterbleiben kann, würde die Anlegung und Schließung der Akten bei einem so ausgeweiteten Beschuldigtenkreis einen erheblichen und nutzlosen Arbeits- und Zeitaufwand bedeuten. Das könnte "nachgerade zur Lähmung der Ermittlungsarbeit" ¹¹⁾ führen. Aber nicht nur der Strafverfolgungsbehörde, auch den Betroffenen würde man damit einen schlechten Dienst erweisen. Denn bereits die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens stellt eine deutliche Diskriminierung dar und kann Nachteile zur Folge haben. Dies merkt man spätestens dann, wenn man sich zum juristischen Staatsexamen meldet oder sich um eine Stellung im öffentlichen Dienst bewirbt. In den Formularen taucht überall die Frage auf: "War ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren gegen Sie anhängig, das nicht zu einer Bestrafung geführt hat?" Im Gegensatz zu einer Kriminalstrafe, die nach entsprechender Zeit getilgt wird, muß man diese Frage immer wahrheitsgemäß beantworten. Ein gewisser Makel bleibt dabei jedesmal haften.

11) Fincke, NJW 1969, 1015.

4. Aus der StPO ergibt sich ebenfalls, daß die Person des Beschuldigten und des Verdächtigen nicht immer identisch ist. Nach § 55 I StPO kann ein Zeuge die Aussage verweigern, wenn er sich dadurch die Gefahr einer Strafverfolgung zuzieht, sich also verdächtig macht. Der verdächtige Zeuge ist nach § 60 Nr. 2 StPO nicht zu vereidigen. Diese Vorschriften wären überflüssig, wenn der Verdächtige dem Beschuldigten gleichzuachten wäre, da letzteren weder eine Aussage- noch eine Beeidigungspflicht trifft. Trotz des Verdachts der Beteiligung hört der Zeuge nicht auf, Zeuge zu sein; die mögliche Beziehung zum Gegenstand der Untersuchung versetzt ihn noch nicht in die Rolle des Beschuldigten ¹²⁾. Auch § 97 II S. 2 StPO könnte man bei einer Gleichstellung der Begriffe aus dem Gesetz entfernen. Denn was der Beschuldigte oder Mitbeschuldigte in Gewahrsam oder Mitgewahrsam hat, fällt sowieso nicht unter das Beschlagnahmeverbot ¹³⁾. § 97 II S. 2 StPO geht also ebenfalls davon aus, daß der Teilnahmeverdächtige noch kein Beschuldigter ist.

Damit kommen wir zu dem einhelligen Ergebnis, daß sich die Begriffe "Verdächtiger" und "Beschuldigter" nicht decken. Der Verdächtige kann Beschuldigter sein, muß es aber nicht. Umgekehrt behält der Beschuldigte die Verdächtigeigenschaft bei ¹⁴⁾.

12) BGH NJW 1960, 1961 = BGHSt 17, 128.

13) BGHSt 19, 374;
KG JR 1967, 192;
Kleinknecht, StPO, Anm. 3 A zu § 97.

14) Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 a zu § 102 StPO.

II. Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Verfahren gegen eine bestimmte Person

Die Trennung in zwei Typen - Verfahren gegen eine bestimmte Person und Verfahren gegen Unbekannt -, die auch von Gerlach ¹⁵⁾ vornimmt, ist sachgerecht. Denn wenn nur eine Person als Täter in Betracht kommt, richten sich aufgenommene Ermittlungen sofort gegen sie. An äußeren Merkmalen, die als Kriterien zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft dienen können (Anzeige, Zwangsmaßnahmen, Vernehmung, Anlegung von Akte, Eintragung in Register), fehlt es in diesem Fall nicht. Die Schwierigkeiten liegen daher weniger darin, solche Kriterien zu finden, als vielmehr darin, ob durch eine derartige Maßnahme jeder unbescholtene Bürger zum Beschuldigten gemacht werden darf.

Auch mehrere Personen, die sich als Täter gegenseitig ausschließen, können Beschuldigte sein und von der ersten Ermittlungshandlung an als solche behandelt werden ¹⁶⁾. Von Gerlach ¹⁷⁾ vertritt dagegen die Meinung, mehrere, die sich gegenseitig ausschließen, könnten nicht für dieselbe Tat verantwortlich gemacht werden. Von einem Beschuldigten könne erst dann die Rede sein, wenn sich der Verdacht auf einen von ihnen fixiert habe. Vorher seien alle Zeugen. Diese Meinung ist schon aus praktischen Gründen nicht haltbar, wie ein Beispiel Eb. Schmidt's ¹⁸⁾ zeigt: Zwei nach Alkohol riechende Personen steigen aus

15) NJW 1969, 777.

16) Kohlhaas, NJW 1965, 1255;
Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 136.

17) NJW 1969, 780.

18) Nachtragsband, Erl. 11 zu § 81 a.

einem verunglückten Kraftwagen. Jeder von ihnen leugnet energisch, daß er am Steuer gesessen habe. Wie soll sich hier der Verdacht auf einen von ihnen fixieren? Nach Eb. Schmidt ¹⁹⁾ können die Polizeibeamten, da hier durchaus ein Tatverdacht besteht, jeden von beiden als Beschuldigten betrachten und die Entnahme der Blutprobe bei jedem von beiden veranlassen. Das ist auch die einzig sachgerechte und rechtlich zulässige Behandlung des Falles. Den einen als Zeugen, den anderen als Beschuldigten zu behandeln, wäre reine Willkür. Beide aber als Zeugen zu vernehmen und die Entnahme einer Blutprobe etwa nach § 81 c II StPO anzuordnen, verstieße gegen die Rechtsprechung des BGH ²⁰⁾. Die Strafverfolgungsbehörde darf einen als Täter einer Straftat oder als Teilnehmer an ihr Verdächtigen, den als Beschuldigten zu verfolgen gute Gründe vorliegen, nicht aus sachfremden Erwägungen in die Rolle eines Zeugen drängen. Die Strafverfolgungsbehörden werden allerdings meist in Fällen, in denen sich mehrere Personen als Täter gegenseitig ausschließen, das Verfahren erst gegen Unbekannt führen. Wann dann der Zeitpunkt gekommen ist, einen von ihnen förmlich zu beschuldigen, wird im zweiten Abschnitt untersucht.

1. Einen klaren Anknüpfungspunkt zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft stellt eine - auch anonyme Anzeige - dar. Im 1. Kapitel wurde die Frage geprüft, ob eine Anzeige immer ein zureichender tatsächlicher Anhaltspunkt i.S.d. § 152 II StPO ist. Wir haben das ver-

19) AaO.

20) BGHSt 10, 12.

neint, wenn es an der Glaubwürdigkeit des Anzeiggeerstatthers fehlt, oder wenn der unterbreitete Sachverhalt nicht auf den Tatbestand einer strafbaren Handlung hindeutet. Im Rahmen dieses Kapitels stellt sich die Frage, ob durch eine Anzeige der Bezüchtigte, wenn nicht immer zum Verdächtigen, so doch zum Beschuldigten wird. Das hätte zur Folge, daß zwischen den beiden Begriffen Divergenzen in der Weise auftreten können, als jemand Beschuldigter sein kann, ohne verdächtig zu sein ²¹⁾.

In diesem Sinne kann von Gerlach ²²⁾ verstanden werden. Er ist der Meinung, die Beschuldigteneigenschaft beginne, wenn ein Ermittlungsverfahren auf Grund einer Anzeige eingeleitet werde. Dabei komme es nicht darauf an, ob sich der Beamte den Verdacht selbst zu eigen gemacht habe. Die Frage ist aber nicht die, ob jemand Beschuldigter ist, wenn auf Grund einer Anzeige Ermittlungen gegen ihn aufgenommen wurden, sondern die, ob ein solches Vorgehen überhaupt zulässig ist, ohne daß der Beamte einen eigenen rechtlichen Tatverdacht hat. Diese Frage muß strikt verneint werden. Denn nach §§ 152 II, 160 I StPO darf ein Ermittlungsverfahren erst dann eingeleitet werden, wenn auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte ein Tatverdacht vorliegt. "Der Tatverdacht ist der unerläßliche tatsächliche Anknüpfungspunkt jeden Strafverfahrens" ²³⁾. Das gilt auch im Falle einer Anzeige. Beim Tatverdacht kommt es aber nicht darauf an, ob ein Privater einen Verdacht hat oder äußert. Denn Privatpersonen können nur Anregungen zur Verfahrens-

21) So Michallek, Die Durchsuchung von Personen, S. 59 Fußnote 112.

22) NJW 1969, 778.

23) Sax in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Hlbbd. S. 987.

durchführung und Verfahrensgestaltung geben ²⁴⁾. Die Durchführung des Strafverfahrens samt Sachverhaltsfeststellung innerhalb dieses Raumes ist allein Aufgabe der Strafverfolgungsbehörde ²⁵⁾. Deshalb entscheidet allein, ob der Strafverfolgungsbeamte einen Tatverdacht hat. Und deshalb darf auf Grund einer Anzeige ein Ermittlungsverfahren gegen eine bestimmte Person mit der Folge, daß diese dadurch Beschuldigter wird, erst dann eingeleitet werden, wenn sich der ermittelnde Beamte auf Grund genügender Anhaltspunkte den Verdacht selbst zu eigen gemacht hat ²⁶⁾. Denn sonst hätte es jeder Denunziant in der Hand, einen anderen durch eine haltlose Bezeichnung mit den oben aufgezeigten nachteiligen Folgen für den Betroffenen zum Beschuldigten zu stempeln ²⁷⁾, wie auch v. Gerlach ²⁸⁾ zugibt.

2. Einen ebenso klaren Anknüpfungspunkt wie die Anzeige bietet auch die Ergreifung von Zwangsmaßnahmen nach der StPO gegen eine bestimmte Person. So ist es einhellige Meinung ²⁹⁾, daß spätestens in dem Zeitpunkt, in dem Zwangsmaßnahmen getroffen werden, die Beschuldi-
genstellung begründet wird. Allerdings kann das nur für solche Maßnahmen gelten, die an den Beschuldi-
genbegriff

24) Peters, Beweisverbote, S. 94 f.

25) Peters, aaO.

26) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 10 zu § 163 a.

27) Vgl. Kohlhaas, NJW 1965, 1255.

28) NJW 1969, 778.

29) Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 136;
Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 97.

anknüpfen, wie z. B. §§ 81 a, 111 a, 112, 134 StPO. Maßnahmen nach §§ 102, 127 StPO, die auch gegenüber dem "nur-Verdächtigen" zulässig sind, können nicht als eindeutiges Kriterium dienen.

Die entscheidende Frage ist aber auch hier wiederum, ob überhaupt die Zwangsmaßnahme zulässig ist. Denn sonst könnte die Polizei mit der bloßen Behauptung, jemand sei Beschuldigter, die Zwangsmittel der §§ 81 a, 111 a StPO usw. anwenden und dadurch den Betreffenden in die für ihn nachteilige Beschuldigtenstellung drängen. Daß ein solches Verfahren nicht angängig ist, liegt auf der Hand. Erfreulicherweise hat sich im Rahmen des § 81 a StPO - wohl angesichts der schwerwiegenden Eingriffe - in der Literatur die Erkenntnis durchgesetzt, daß § 81 a StPO einen begründeten Tatverdacht erfordert ³⁰⁾, über dessen Maß allerdings keine Einigung herrscht. Auch das BVerfG ³¹⁾, das sich wiederholt mit der Verfassungsmäßigkeit des § 81 a StPO zu befassen hatte, urteilt, es sei zu prüfen, ob der jeweils bestehende Grad von Tatverdacht die Maßnahme rechtfertigt. Nun ist für § 81 a StPO ein Tatverdacht nicht etwa deshalb erforderlich, weil es sich dort teilweise um besonders schwerwiegende Eingriffe handelt, sondern weil der Beschuldigtenbegriff den Tatverdacht voraussetzt. Auch für verhältnismäßig geringfügige Eingriffe, wie Entnahme einer Blutprobe, ist ein Verdacht i. S. d. §§ 152 II, 160 I StPO unerläßliche Voraussetzung für die Anordnung ³²⁾. § 81 a StPO hat in dieser Hinsicht viel zur Klärung des Problems beigetragen.

30) Vgl. Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 81 a; Müller-Sax, KMR, Anm. 1 zu § 81 a; Eb. Schmidt, Nachtragsband, Erl. 11 zu § 81 a.

31) BVerfGE 16, 200.

32) Vgl. Geerds. GA 1965, 326ff.

Daß bei anderen Vorschriften, die ebenfalls an den Beschuldigtenbegriff anknüpfen, das Verdachtsmoment keine so breite Erörterung gefunden hat, darf nicht zu der Ansicht verleiten, hier sei es nicht erforderlich. Vielmehr enthält der Begriff des Beschuldigten - ganz gleich, in welcher Vorschrift er sich befindet - stets den Tatverdacht als Begriffskern ³³⁾. Deswegen sind Definitionen, die das Verdachtsmoment unberücksichtigt lassen, nicht ganz korrekt ³⁴⁾. Beschuldigter ist daher diejenige Person, gegen die wegen Verdachts einer strafbaren Handlung Strafverfolgungsmaßnahmen durchgeführt werden ³⁵⁾.

3. Keine eindeutigen Anknüpfungspunkte, wie Anzeige und Zwangsmaßnahmen, stellen die polizeilichen Vernehmungen gerade im Anfangstadium des Verfahrens dar. Es kann sich dabei nicht nur um eine Beschuldigtenvernehmung, sondern auch um eine Zeugenvernehmung oder auch um eine informatorische Befragung ³⁶⁾ handeln. Nun ist es leider nicht so, daß die Polizei immer von vornherein erklärt - oder erklären kann -, in welcher Eigenschaft sie den Betreffenden vernimmt. Oft stellt sich das erst im Laufe der Befragung heraus. Ein Beschuldigter darf allerdings nicht "befragt" werden, sondern muß förmlich nach §§ 136 I, 163 a IV StPO vernommen werden. Man kann aber umgekehrt folgern: Solange jemand befragt wird, ist er kein Beschuldigter. Die Definition des Beschuldigten geht Hand in Hand mit der Definition der Vernehmung ³⁷⁾.

33) Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm 1 zu § 102.

34) So z.B. Peters, Strafprozeß, S. 173: "Beschuldigter ist derjenige, gegen den Strafverfolgungsmaßnahmen durchgeführt werden". Anders jedoch derselbe S. 172: "wegen Verdachts".

35) Peters, Strafprozeß, S. 172;
Walder, Die Vernehmung des Beschuldigten, S. 53;
ähnlich Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 169.

36) Kleinknecht, Kriminalistik 1965, 451;
Kohlhaas, NJW 1965, 1255;
Fincke, NJW 1969, 1015.

37) Fincke, NJW 1969, 1015.

Die Frage, ob Vernehmung oder Befragung, hängt von dem Willen der Polizei ab. Von einer Beschuldigtenvernehmung, wodurch ebenfalls die Beschuldigteneigenschaft begründet wird, kann deshalb nur dann gesprochen werden, wenn sie der Vernehmende eindeutig als solche deklariert. Dies kann geschehen, indem er den Betreffenden nach §§ 163 a IV, 136 I belehrt, indem er ihm eröffnet, welche Tat er ihm zur Last legt, oder auch, indem er "dem Angehörten eine Tat auf den Kopf zusagt" ³⁸⁾. Bei der oder durch die Vernehmung sind insoweit eindeutige Verhältnisse zu schaffen. Bleiben Zweifel, so kann von einem Beschuldigten nicht gesprochen werden. "Die Vorladung zu einer polizeilichen Vernehmung, die nicht deutlich erkennen läßt, ob der Vorgeladene als Betroffener oder als Zeuge vernommen werden soll, enthält nicht die Bekanntgabe, daß ein Ermittlungsverfahren eingeleitet ist (§ 29 I Nr. 1 OWiG)" ³⁹⁾. In diesem Zusammenhang taucht nun das Problem auf: Wann muß die Polizei jemanden als Beschuldigten vernehmen? Wann kann sie ihn nur befragen? Diese Problematik ist Gegenstand der Erörterung im folgenden Abschnitt.

38) Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 136

39) KG, VRS 44, 127, Leitsatz

III. Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft im Verfahren gegen Unbekannt

Oft ist nicht von vornherein eine bestimmte Person vorhanden, gegen die sich das Verfahren richtet. Der Beschuldigte muß vielmehr erst im Laufe der Ermittlungen gefunden werden. Das Verfahren läuft daher zunächst gegen Unbekannt. Dabei kommen drei Fallgruppen in Betracht: Die Polizei hat von dem Täter überhaupt keine Vorstellung. Es besteht lediglich der Verdacht einer Straftat. Anhaltspunkte, die auf einen oder mehrere Verdächtige hindeuten, fehlen zunächst völlig und tauchen erst im Laufe des Verfahrens auf. Es können aber auch von vornherein mehrere Verdächtige in das Blickfeld der Polizeibeamten rücken. Der Kreis ist jedoch zu groß, um gegen alle sofort eine förmliche Beschuldigung zu erheben. Schließlich kann der Sachverhalt so liegen, daß der ermittelnde Beamte nur eine Vermutung hat, eine bestimmte Person könne der Täter sein. Erst später gewinnt er zusätzliche Anhaltspunkte, die sein Wahrscheinlichkeitsurteil zu tragen vermögen. In all den Fällen stellt sich die Frage: Wann wird aus dem Verdächtigen ein Beschuldigter?

1. Wir haben oben ⁴⁰⁾ festgestellt, der Verdacht allein genügt nicht, um jemanden zum Beschuldigten zu stempeln. Es muß vielmehr "zu einem so gearteten Verdacht - mag er auch noch so groß sein - eine weitere Voraussetzung hinzukommen" ⁴¹⁾. Nach BGH ⁴²⁾ hat jemand

⁴⁰⁾ S. 37 ff

⁴¹⁾ BGHSt 10, 10

⁴²⁾ BGHSt 10, 12

dann die Stellung eines Beschuldigten inne, "wenn das Strafrechtspflegeorgan, welches das Verfahren in seinem jeweiligen Abschnitt maßgeblich gestaltet, es gegen ihn gerade als Beschuldigten betreibt" ⁴³⁾. Niemand wird "automatisch" zum Beschuldigten ⁴⁴⁾, sondern die Beschuldigtenstellung hängt vom Willen der Strafverfolgungsbehörde ab. Sie klagt später den Beschuldigten an; sie leitet auch das Verfahren gegen ihn ein oder führt es gerade gegen ihn weiter. Die Beschuldigteneigenschaft wird daher durch einen Willensakt der Strafverfolgungsbehörde begründet ⁴⁵⁾.

Wohl aus Sorge, aus einem solchen Willensakt könne leicht ein Willkürakt werden, bezieht v. Gerlach ⁴⁶⁾ gegen diese Meinung Stellung: Von etwaigen Willensentscheidungen der Verfolgungsorgane könne die Beschuldigteneigenschaft allein nicht abhängen. Maßgebend müßten in erster Linie objektive Gesichtspunkte sein. Die Sorge v. Gerlachs teilt auch der BGH. Denn er spricht in dem zitierten Urteil ⁴⁷⁾ besonders das Problem "sachfremder Erwägungen", "Willkür" und "Mißbrauch des Ermessens" an, ohne es jedoch befriedigend zu lösen. Es wäre allerdings unerträglich, wollte man diese wichtige Entscheidung, ob Beschuldigter oder nicht, dem völlig freien Ermessen der Strafverfolgungsorgane überantworten. Es gilt daher, objektive Gesichtspunkte ⁴⁸⁾ für die Entscheidung zu finden, wann und unter welchen Umständen der Verdächtige zum Beschuldigten gemacht werden muß.

43) Ähnliche Peters, Strafprozeß, S. 173;
Walder, Die Vernehmung des Beschuldigten, S. 53 f.

44) Kleinknecht, StPO, Einl. 3 B.

45) Kleinknecht, Kriminalistik 1965, 451 f;
StPO, Einl. 7 3 B;
Artzt, Kriminalistik 1970, 300.

46) NJW 1969, 779.

47) BGHSt 10, 12.

48) V. Gerlach, NJW 1969, 776.

Nach Kleinknecht ⁴⁹⁾ ist der Verdächtige zum Beschuldigten zu machen, "sobald zureichende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen" ⁵⁰⁾. Das würde bedeuten, daß zwar nicht jeder Verdächtige "automatisch" Beschuldigter ist, daß aber jeder Verdächtige durch einen Willensakt der Strafverfolgungsbehörde zum Beschuldigten gemacht werden muß. Dieses Verfahren hätte den Vorteil großer Klarheit und Einfachheit für sich. Denn der Zeitpunkt und die Voraussetzung der Entscheidung wären dann gegeben, sobald ein Verdächtiger gefunden ist. Es hätte aber auch alle für die Polizei und für den Betroffenen oben ⁵¹⁾ aufgezeigten Nachteile. Bei der Festsetzung des Zeitpunktes darf man nicht außer acht lassen, daß viele zu Anfang des Verfahrens Verdächtige schon bald infolge der angestellten Ermittlungen als Täter ausscheiden. Durch Vernehmung von Zeugen, durch sonstige Ermittlungen und vor allem durch die Befragung der Verdächtigen selbst stellt sich oft sehr bald heraus, daß der zunächst geschöpfte und auch begründete Verdacht keinen Bestand haben kann. So wird der Kreis der Verdächtigen immer enger, bis nur noch wenige übrig bleiben. Aber auch dann, wenn zunächst nur ein Verdächtiger in Betracht kommt, können die Zweifel an seiner Täterschaft so erheblich sein, daß sich die Strafverfolungsbeamten zu Recht scheuen, ihn vor Ausschöpfung der sonstigen Beweismittel förmlich zu beschuldigen. Vom Anfangsverdacht kann man daher diese Entscheidung nicht allein abhängig machen. Sie ist nur insofern vom Anfangsverdacht abhängig, als dieser den frühestmöglichen Zeitpunkt darstellt, ab wann jemand zum Beschuldigten gemacht werden darf. Denn die Voraussetzungen der

49) Kriminalistik 1965, 452.

50) In diesem Sinne auch Eb. Schmidt, Nachtragsband, Erl. 2 vor§ 150;

51) S. 39 f

§§ 152 II, 160 I StPO sind in diesem Moment erfüllt. Die StPO normiert jedoch nur die Verpflichtung, dann ein Verfahren einzuleiten. Daß dieses Verfahren sofort gegen eine oder mehrere Personen zu richten ist, ist schon deswegen nicht durchführbar, weil oft eine solche Person zunächst gar nicht ersichtlich ist. Daher legt die StPO den Zeitpunkt der Beschuldigtenstellung nicht fest.

Trotz aller Einwände bleibt als Kriterium für die Entscheidung nur der Verdacht. Denn andere Entscheidungshilfen sind nicht ersichtlich. Der Anfangsverdacht scheidet jedoch aus, wie wir gesehen haben. Also muß es sich um eine andere Verdachtsstufe handeln. Das Gesetz selbst kennt neben dem Anfangsverdacht noch den dringenden Tatverdacht in § 112 I StPO und den hinreichenden Tatverdacht in § 203 StPO, der auch für die unmittelbare Klageerhebung der Staatsanwaltschaft nach §§ 170 I, 199 StPO maßgebend ist ⁵²⁾. Der hinreichende Tatverdacht des § 203 StPO unterscheidet sich wesentlich von dem Anfangsverdacht. Der Anfangsverdacht besteht, wie wir gesehen haben, in einem Wahrscheinlichkeitsurteil hinsichtlich der retrospektiven Beurteilung der Sachlage. Beim hinreichenden Tatverdacht muß nun "zu jener retrospektiven Beurteilung der Sachlage, der Rekonstruktion des Lebensvorgangs ... noch eine prozessuale Prognose, nämlich eine Vorausberechnung des mutmaßlichen Ausgangs einer Hauptverhandlung hinzutreten" ⁵³⁾. Die Prognose kann erst gestellt werden, wenn das gesamte Beweismaterial vorhanden ist. Denn erst dann ist es möglich, das Beweismaterial danach zu beurteilen, ob es nach forensischer Erfahrung ausreichen wird, dem zu erkennenden

52) Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 309;
Müller-Sax, KMR, Anm. 2 a zu § 170.

53) Lüttger, GA 1957, 197;
so auch Müller-Sax, KMR, Anm. 2 a zu § 203.

Gericht jene volle Überzeugung zu verschaffen, die für eine Verurteilung notwendig ist. Zu diesem Beweismaterial gehört auch eine Vernehmung des Beschuldigten nach § 136 StPO. Denn ohne Vernehmung wäre es unvollständig, ganz gleich, ob der Beschuldigte aussagt oder schweigt. Spätestens durch diese Vernehmung wird aus dem Verdächtigen ein Beschuldigter. Denn der Vernehmungsbegriff und der Beschuldigtenbegriff gehen Hand in Hand⁵⁴⁾. Die Begründung der Beschuldigteneigenschaft liegt also vor dem Zeitpunkt, der für den hinreichenden Tatverdacht gilt. Der hinreichende Tatverdacht kann daher für die Entscheidung, ob Beschuldigter oder nicht, kein Maß abgeben.

Dasselbe gilt für den dringenden Tatverdacht des § 112 I StPO, obwohl hier keine Prognose zu stellen ist. Der dringende Tatverdacht wird allgemein umschrieben als ein besonders hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, daß der Verfolgte schuldiger Täter oder Teilnehmer ist⁵⁵⁾. Dem Grade nach ist dieser Verdacht stärker als der hinreichende nach § 203 StPO⁵⁶⁾. Den Verdächtigen kann man aber hinsichtlich seiner Stellung im Prozeß nicht solange im Unklaren lassen, bis alle Anzeichen für seine Täterschaft sprechen. Deshalb muß man die Anforderungen an die Verdachtsstärke herunterschrauben. Der Verdacht braucht zwar nicht dringend zu sein, er muß aber ein über den Anfangsverdacht hinausgehendes Maß erreicht haben. Dieses Maß ist erreicht, wenn sich

54) Fincke, NJW 1969, 1014.

55) Vgl. Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 10 zu § 112; Kleinknecht, StPO, Anm 2 b zu § 112; Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm. 7 zu § 112.

56) Kleinknecht, StPO, Anm. 2 zu § 112.

die Ermittlungen auf eine oder einige wenige Personen als mutmaßliche Täter konzentriert haben⁵⁷⁾. Es bedarf also eines konkretisierten Verdachts⁵⁸⁾. Im Verfahren gegen Unbekannt ist Beschuldigter diejenige Person, gegen die auf Grund eines konkretisierten Verdachts einer strafbaren Handlung Strafverfolgungsmaßnahmen durchgeführt werden.

Die Konkretisierung des Verdachts wird durch zwei Faktoren bestimmt: Zu den zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten des § 152 II StPO, die für den Anfangsverdacht genügen, müssen weitere Anhaltspunkte hinzutreten sein, die ebenfalls auf eine Täterschaft des Verdächtigen hindeuten. Dadurch muß sich weiterhin die psychologische Einstellung des Strafverfolgungsbeamten in der Weise verändert haben, daß bestehende Zweifel geringer geworden sind und sich der Verdacht in Richtung Überzeugung verstärkt hat, so daß er eine Täterschaft des Verdächtigen nicht nur für möglich, sondern für wahrscheinlich hält. Die subjektive Einstellung spielt also auch hier eine Rolle⁵⁹⁾. Sie kann, wie generell beim Verdacht, nicht vollständig eliminiert, sondern nur durch objektive Kriterien begrenzt werden. Solche Kriterien sind hier die "weiteren Anhaltspunkte" und die "Wahrscheinlichkeit der Täterschaft" im Unterschied

57) V. Gerlach, NJW 1969, 780;
Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 117.

58) Kohlhaas, NJW 1965, 1255;
Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 11 zu § 163 a;
v. Gerlach, NJW 1969, 780;
Hust, NJW 1969, 22, Fn. 25.

59) A.A. v. Gerlach, NJW 1969, 780, Fn. 50;
"objektive Verdachtslage".

zur Möglichkeit, wobei wir uns darüber im klaren sind, daß wir mit der Abgrenzung - Möglichkeit/Wahrscheinlichkeit - schwankenden Boden betreten ⁶⁰⁾.

Hat sich der Verdacht des Strafverfolgungsbeamten hinsichtlich eines Verdächtigen konkretisiert, so muß er ihn zum Beschuldigten machen. Das ist der späteste Zeitpunkt, während der Anfangsverdacht den frühesten Zeitpunkt darstellt ⁶¹⁾. Einen Verdächtigen, bei dem noch keine Konkretisierung des Verdachts eingetreten ist, kann die Strafverfolgungsbehörde zum Beschuldigten machen, sie muß es aber nicht. Ob es sich allein wegen dieser Wahlmöglichkeit zwischen zwei Rechtsfolgen - Beschuldigter oder nicht - um eine Ermessensentscheidung ⁶²⁾ der Strafverfolgungsorgane handelt ⁶³⁾, erscheint fraglich. Bei Konkretisierung des Verdachts schrumpft das Ermessen jedenfalls auf Null, sodaß nur noch eine Entscheidung, nämlich Einräumung der Beschuldigtenstellung, richtig ist. Ab diesem Zeitpunkt ist eine etwaige Befragung des Verdächtigen abubrechen und in eine förmliche Beschuldigtenvernehmung nach § 136 I StPO überzugehen.

2. Durch den Übergang von der Befragung zur Vernehmung wird aus dem Verdächtigen ein Beschuldigter. Allerdings wird in der Literatur die Meinung vertreten, es gäbe keine formlosen Befragungen, ebensowenig wie Auskunfts- ✓

60) Vgl. oben S. 24 ff.

61) Beide können auch zusammenfallen.

62) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 6 zu § 152.

63) Vgl. zum Ermessensbegriff Eyermann-Fröhler, VwGO, RdNr. 7 zu § 114 und die dort angegebene Literatur.

personen. Vielmehr seien alle Auskunftspersonen entweder Beschuldigte oder Zeugen und als solche zu vernehmen ⁶⁴⁾. Diese Meinung ist vielleicht theoretisch - und nicht einmal das -, in der Praxis überhaupt nicht durchführbar. Die Befragungen entspringen einer praktischen Notwendigkeit ⁶⁵⁾. Denn zu Beginn des Verfahrens steht meist noch nicht fest, wer als Beschuldigter und wer als Zeuge in Betracht kommt. Wollte die Polizei den einen als Zeugen, den anderen als Beschuldigten vernehmen, so wäre das reine Willkür. Um diese "Weichenstellung" nicht allzu früh vornehmen zu müssen und "damit die Gewichte nicht vorschnell zu verschieben" ⁶⁶⁾ verlangt v. Gerlach ⁶⁷⁾ von der Polizei ein erhebliches Umdenken. Sie dürfte nicht mehr wie früher nach dem Prinzip: erst vernehmen - dann ermitteln, sondern müsse umgekehrt nach der Devise: erst die zur Überführung erforderlichen Beweise zusammentragen und dann vernehmen, vorgehen. Das aber hieße, mit der Kirche ums Dorf fahren. Denn das einfachste Mittel für die Polizei, um sich ein grobes Bild von dem Geschehen zu machen, ist die Befragung von Personen, seien sie verdächtig oder nicht. Würde die Polizei um alle Verdächtigen einen großen Bogen machen und zunächst alle anderen Personen und bei Nichtvorhandendensein Bekannte und Verwandte der Verdächtigen als Zeugen vernehmen, um dann zu entscheiden, ob jene als Beschuldigte in Betracht kommen, so wäre das für die Polizei ein äußerst mühsames, für die Betroffenen ein äußerst peinliches Verfahren. Die h.M. in der

64) V. Gerlach, NJW 1969, 778;
Artzt, Kriminalistik 1970, 382.

65) Ähnlich BGH NJW 1968, 1390: "angesichts der Notwendigkeit, die Beteiligten zu befragen".

66) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm 11 zu § 163 a.

67) NJW 1969, 778.

Rechtsprechung ⁶⁸⁾ und Literatur ⁶⁹⁾ geht davon aus, daß es "Befragungen" oder "informatorische Anhörungen" im Unterschied zu "Vernehmungen", und "Äußerungen" im Unterschied zu "Aussagen" ⁷⁰⁾ gibt und somit auch Auskunftspersonen ⁷¹⁾, die weder Beschuldigte noch Zeugen sind. Der Einwand, die StPO kenne keine sonstigen Auskunftspersonen, sondern nur Zeugen und Beschuldigte, und keine informatorische Befragung, sondern nur Vernehmungen ⁷²⁾, ist ein Scheinargument. Denn Ermittlungshandlungen, die nicht in Rechte Dritter eingreifen, bedürfen keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, vielmehr sind solche Befragungen - vorausgesetzt, es wird dabei jeglicher Zwang und auch nur der Schein einer Aussagepflicht vermieden - allein auf Grund des der Polizei nach § 163 StPO erteilten Ermittlungsauftrags zulässig. Das Argument von Sarstedt und Kohlhaas ⁷³⁾, die Polizei könne nicht ihre Ermittlungen mit den Worten beginnen: "Ich möchte Sie alle gern etwas fragen, aber sie brauchen nichts zu sagen und können sich alle erst einmal mit ihren Verteidigern besprechen", beruht zwar nicht auf wissenschaftlichen Erörterungen, sondern auf praktischen Erwägungen. Aber es schlägt durch.

68) BGH NJW 1968, 1390;
NJW 1968, 1839 r.o.;
OLG Oldenburg, NJW 1967, 1097.

69) Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm 2 zu § 136;
Kohlhaas, NJW 1965, 1255;
Kleinknecht, Kriminalistik, 1965, 451.

70) BGH bei Dallinger, MDR 1970, 14;
OLG Düsseldorf NJW 1968, 1840.

71) So auch Walder, Die Vernehmung des Beschuldigten,
S. 54.

72) V. Gerlach, NJW 1969, 777 f;
Arzt, Kriminalistik 1970, 382.

73) AaO.

Damit ist zugleich angedeutet, daß für die polizeilichen Befragungen keine Belehrungspflicht besteht ⁷⁴⁾. Denn §§ 163 a IV S. 2, 136 I S. 2, 3 StPO schreiben eine Belehrung nur für Vernehmungen vor. Vernehmung, Beschuldigtenbegriff und Belehrung knüpfen alle an den gleichen Zeitpunkt an, der damit eine besonders wichtige Bedeutung gewinnt. Die Festsetzung dieses Zeitpunkts dürfte man daher nicht allein dem "Fingerspitzengefühl" der Strafverfolgungsorgane überlassen ⁷⁵⁾. Vielmehr wäre insoweit eine wirksame gerichtliche Kontrolle notwendig. Gerade das hat der BGH ⁷⁶⁾ versäumt, indem er ein Verwertungsverbot hinsichtlich Aussagen, die unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 136 I StPO zustande gekommen sind, ablehnte. Eine Kontrolle über die rechtzeitige Belehrung wäre zugleich eine gerichtliche Kontrolle hinsichtlich der rechtzeitigen Einräumung der Beschuldigtenstellung bei Befragungen gewesen. Umso wichtiger ist es, die prozessuale Bedeutung des Verdächtigen als Auskunftsperson zu untersuchen, damit nicht der Betroffene mit der Behauptung, es habe sich um eine Befragung und nicht um eine Vernehmung gehandelt, auch um seine anderen Rechte gebracht wird.

74) So Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 136; Kohlhaas, NJW 1965, 1255; OLG Oldenburg, NJW 1967, 1097 r.u.

75) So aber Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 136.

76) BGHSt 22, 170.

3. Kapitel: Die Abgrenzung vom Zeugen

Mit dem vorausgegangenem Ergebnis, daß nicht jeder Verdächtige zum Beschuldigten zu machen ist, die beiden Begriffe also nicht identisch sind, befinden wir uns im Einklang mit der herrschenden Meinung. Nicht so einfach liegt das Problem der Abgrenzung vom Zeugen. Hier wird mit unterschiedlicher Begründung überwiegend die Ansicht vertreten, der Verdächtige müsse, solange er die Beschuldigteneigenschaft noch nicht inne habe, als Zeuge vernommen werden. Der BGH ¹⁾ verweist dabei auf § 60 Nr. 3 StPO a.F.: "Der § 60 Nr. 3 StPO, der die Vereidigung einer solchen (verdächtigen) Person in einem gegen einen anderen Angeklagten gerichteten Strafverfahren untersagt, wird nur im Hinblick auf die rechtliche Möglichkeit verständlich und anwendbar, daß ein so Verdächtiger als Zeuge vernommen werden kann und wird." Aus der Tatsache, daß jemand als Täter der den Gegenstand des Verfahrens bildenden Straftat oder als Teilnehmer daran verdächtig sei, folge noch nicht seine Unfähigkeit, Zeuge zu sein. Ähnlich judiziert der BGH im Spielbankprozeß ²⁾: "Trotz des Verdachts der Beteiligung hört er (der Zeuge) nicht auf, Zeuge zu sein; die mögliche Beziehung zum Gegenstand der Untersuchung versetzt ihn noch nicht in die Rolle des Beschuldigten." Die beiden Urteile befassen sich ausschließlich mit der Abgrenzung des Beschuldigten vom Zeugen. Da der Verdacht, wie wir gesehen haben, allein noch nicht die Beschuldigteneigenschaft nach sich zieht, drängt sich unter diesem engen Blickwinkel - Beschuldigter oder Zeuge - von selbst die Folgerung auf, eine solche Person müsse

1) BGHSt 10, 10.

2) BGHSt 17, 128 = NJW 1960, 1960.

dann eben Zeuge sein.

Auch von Gerlach ³⁾ geht von der Prämisse aus, es gebe als Aussagepersonen nur Zeugen und Beschuldigte und kommt infolgedessen zum gleichen Ergebnis. Zusätzlich stützt er es mit dem Hinweis auf die §§ 55, 60 Nr. 3 a.F.. Ihm schließt sich Artzt ⁴⁾ an. Am Beispiel der Ermittlungsverfahren wegen NS-Verbrechen dokumentiert er folgendes Vorgehen: Man müsse den Verdächtigen zunächst als Zeugen vernehmen "und sich möglichst erst nach seiner Vernehmung überlegen, ob er der wirkliche Verantwortliche und damit der echte Beschuldigte ist". Dies gelte nicht nur für sein spezielles Gebiet, sondern für die Ermittlungsarbeit der Strafverfolgungsbehörden überhaupt. Die Gegenstimmen zu diesem Problem sind recht spärlich ⁵⁾. Durchweg wird die Vernehmung des Verdächtigen als Zeuge für zulässig gehalten ⁶⁾.

Da die Figur des Verdächtigen und seine Rechtsstellung bisher nicht gründlich untersucht wurden, fehlt bei der dargestellten h.M. die zu diesem Problembereich wesentliche Prüfung, ob die Rechtsstellung des Verdächtigen mit der des Zeugen in Einklang gebracht werden kann. Das ist aber der neuralgische Punkt. Man kann nicht mit einer rein formalistischen Begründung dem Verdächtigen die Rolle des Zeugen allein deshalb zuweisen, weil die StPO für Aussagepersonen nur die Rollen Beschuldigter/Zeuge zur Verfügung stellt. Vielmehr liegen kritischer Ansatz und Basis der

3) NJW 1969, 777.

4) Kriminalistik 1970, 379, 384.

5) s. lediglich Walder, Die Vernehmung des Beschuldigten, S. 54: "Es geht auch nicht an, eine Person, gegen die man Verdacht gefaßt hat, ... als Zeugen zu vernehmen." ✓

6) vgl. Kleinknecht, StPO, Einl. 3 Bb; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 4 b Vor § 40; Müller-Sax, KMR, Anm. 1 a zu § 81 c.

Lösung gleichermaßen auf der Hand, wenn man das Problem auf die materiellrechtliche Ebene projiziert und fragt: Hat der Verdächtige eine Aussagepflicht oder ein Schweigerecht? 7) § 55 StPO scheint diesen Konflikt im Sinne des letzteren gelöst zu haben. Daher müssen wir uns mit dieser Vorschrift - ebenso mit § 60 Nr. 2 StPO - kritisch auseinandersetzen, ob nicht dieser erste Anschein trügt. Im letzten Abschnitt wird darzulegen sein, welche verfahrensrechtlichen Folgen sich aus der materiellrechtlichen Rechtsposition des Verdächtigen ergeben.

I. Kann der Verdächtige Zeuge sein?

1. Zeuge ist, wer in einem Strafverfahren über eine von ihm selbst gemachte sinnliche Wahrnehmung Auskunft geben soll 8), Eine besondere Qualifikation braucht der Zeuge - im Gegensatz zum Beschuldigten, dem der Verdacht anhaften muß - nicht aufzuweisen. Es genügt, wenn ihn die Strafverfolgungsorgane als solchen deklarieren. Auch wenn der Betreffende tatsächlich keine Auskunft geben kann, verliert er nicht die Fähigkeit, Zeuge zu sein. Nach h.M. 9) genügt es nämlich, wenn wenigstens die Möglichkeit der Zeugenrolle besteht. Die positiven Voraussetzungen der Zeugeneigenschaft sind also minimal. Angesichts dieser geringen Anforderungen stünde es fast ganz im Belieben

7) Wie noch aufzuzeigen sein wird, haben beide Rechtspositionen materiellrechtlichen Charakter,

8) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 1 Vor § 48;
Müller-Sax, KMR, Anm. 3 Vor § 48;
RGSt 52, 289.

9) Müller-Sax, KMR, Anm. 1 a zu § 61 c;
Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 2 zu § 61 c.

der Strafverfolgungsorgane, zu bestimmen, wer Auskunft geben und damit Zeuge sein soll. Deshalb ist man bemüht, aufzuzeigen, wer von der Zeugenstellung ausgeschlossen ist. Die negativen Merkmale spielen bei der Zeugendefinition eine weitaus wichtigere Rolle als die positiven und erfahren in den Kommentaren und Lehrbüchern eine breitere Erörterung. Zeuge kann nicht sein, wer in einer seine Zeugnisfähigkeit ausschließenden Weise beteiligt ist ¹⁰⁾. Unter den Personen, die dabei genannt werden, finden wir zwar den Beschuldigten, aber nicht den Verdächtigen.

Auch der Gesichtspunkt der Richtung des Strafverfahrens, der für den Ausschluß der Zeugeneigenschaft ein maßgebendes Kriterium bildet ¹¹⁾, bringt uns nicht weiter. Denn in diesem ersten Stadium des Verfahrens, in dem es noch gegen Unbekannt geführt wird, fehlt eine bestimmte Richtung. Dem Verdächtigen droht zwar ein Strafverfahren, es richtet sich aber noch nicht gegen ihn. Erst in letzterem Fall wäre er per definitionem von der Zeugenrolle ausgeschlossen. Rein begrifflich kann man also den Verdächtigen aus der Reihe der Zeugen nicht ausscheiden. Daher müssen wir prüfen, ob nicht die Pflichten des Zeugen entscheiden gegen eine Zeugnisfähigkeit sprechen.

10) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 1 Vor § 40.

11) Vgl. Kleinknecht, Anm. 1 Vor § 48;
Müller-Sax, KMR, Anm. 3 Vor § 40.

2. Die Zeugnispflicht, die streng genommen nur gegenüber dem Gericht besteht ¹²⁾, umfaßt die Pflicht zum Erscheinen, zur Aussage und zur Eidesleistung. Sie findet ihre Rechtsgrundlage nicht in der StPO, sondern ist eine materiell-staatsrechtliche ¹³⁾ oder allgemeine Bürgerpflicht ¹⁴⁾. Die StPO regelt nur, in welcher Weise, mit welchen Maßgaben und Einschränkungen und unter welchen Voraussetzungen die Pflicht zu erfüllen ist ¹⁵⁾. Von den genannten Pflichten des Zeugen interessiert in diesem Zusammenhang vor allem Inhalt und Umfang der Aussagepflicht. Der Umfang der Aussage- und damit auch der Wahrheitspflicht wird durch den Gegenstand der Vernehmung festgelegt und begrenzt ¹⁶⁾. Innerhalb dieses Rahmens muß der Zeuge über alle von ihm wahrgenommenen Tatsachen Auskunft geben, gleichgültig, ob diese Wahrnehmung auf Sehen oder Hören oder auf Wahrnehmung durch andere Sinnesorgane beruht ¹⁷⁾. Dabei darf sich der Zeuge nicht

12) Nach § 161 a StPO sind nunmehr Zeugen auch verpflichtet vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen und zur Sache auszusagen.

13) Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 16 a Vor § 48.

14) Müller-Sax, KMR, Anm. 4 Vor § 48.

15) Eb. Schmidt aaO.

16) Vgl. Bruns, GA 1960, 181.

17) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 1 a Vor § 52-55.

darauf beschränken, gestellte Fragen zu beantworten. Er muß vielmehr von selbst auch ungefragt einen umfassenden und erschöpfenden Bericht zum Beweisthema liefern ¹⁸⁾. Selbstverständlich muß er auch auf bestimmte Fragen antworten. Dies gilt sogar dann, wenn sie nicht mehr zum ursprünglichen Beweisthema gehören, da der Gegenstand der Vernehmung durch Fragen des Richters oder der Prozeßbeteiligten, wenn sie vom Vorsitzenden ordnungsgemäß zugelassen worden sind, Erweiterungen erfahren kann ¹⁹⁾. Tatsachen, nach denen er vom Richter oder mit dessen Genehmigung innerhalb der Vernehmung gefragt wird, sind in diesem Sinne stets Vernehmungsgegenstand ²⁰⁾.

Mit Hilfe dieser geschilderten umfassenden Aussagepflicht wäre es ein leichtes, einen Verdächtigen zu überführen. Man vernimmt ihn als Zeugen und erfährt dann auf diese Weise, wie und in welcher Form er sich strafbar gemacht hat. Die Vernehmung des Verdächtigen als Zeugen liefere auf eine glatte Verpflichtung zur Selbstbeziehung hinaus. Der Verdächtige könnte sich auch nicht dadurch aus der Schlinge ziehen, daß er gefährliche Punkte schweigend übergeht in der Hoffnung, daß gezielte Fragen ausbleiben. Denn auch wenn er nicht ausdrücklich gefragt wird, hat der Zeuge die Verpflichtung, "lückenlos alles anzugeben, was mit den Beweistatsachen in Sachzusammenhang steht und für die Entscheidung erheblich ist" ²¹⁾.

18) Vgl. BGHSt, 7, 128; 1, 22; 2, 90;

RGSt 57, 152.

19) BGHSt 1, 24; 3, 223.

20) BGHSt 2, 92.

21) BGHSt 2, 92.

Für die Entscheidung erhebliche Tatsachen darf er auch dann nicht verschweigen, wenn er nicht ausdrücklich danach gefragt wird ²²⁾. Ebensowenig könnte der Verdächtige durch ausweichende Beantwortung gezielter Fragen einer Selbstbelastung entgehen. Schon das RG ²³⁾ sah eine Verletzung der Wahrheitspflicht darin, "wenn ein Zeuge einer klaren Frage, die er nach seinem besten Gewissen eindeutig beantworten kann, vorsätzlich durch widerspruchsvolle Erklärungen und unbestimmte Ausdrücke ausweicht". Somit müßte der Verdächtige, wenn er als Zeuge vernommen wird, entweder in dem von ihm zum Beweisthema zu lieferndem Bericht die Art und Weise seiner strafrechtlichen Beteiligung eingestehen oder er würde durch die anschließende Befragung vollends überführt.

Die Aussagepflicht gestaltet sich für den verdächtigen Zeugen zu einem Zwang zur Selbstbezichtigung, wenn man die Sanktionen betrachtet, mit deren Hilfe die oben beschriebene Pflicht durchgesetzt werden kann. Nach § 70 I StPO hat das Gericht dem Zeugen die durch die Verweigerung des Zeugnisses oder der Eidesleistung verursachten Kosten aufzuerlegen. Ferner kann es ihn zu einer

Ordnungsgeld und für den Nichtbeitreibungsfall zu einer Ordnungshaft verurteilen. Schließlich kann nach § 70 II StPO zur Erzwingung des Zeugnisses eine Beugehaft und zwar auch mehrfach angeordnet werden. Strafrechtlich abgesichert ist die Aussagepflicht durch die §§ 153 ff StGB. Infolge der "Querverbindung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht" ²⁴⁾ besteht im Rahmen der Aussagepflicht eine Wahrheitspflicht, deren

22) BGHSt 7, 128.

23) RG HRR 1935, Nr. 1493.

24) Bruns, GA 1960, 180.

Verletzung gemäß §§ 153 ff StGB Strafe nach sich zieht. Sowohl durch Lügen als auch durch ausweichende Antworten als auch durch Verschweigen oder teilweises Verschweigen macht sich der Zeuge strafbar²⁵⁾. Drängt man den Verdächtigen in die Zeugenstellung, so würde das für ihn bedeuten, daß er unter Androhung von Beugehaft und Kriminalstrafe, deren theoretische Höhe nach §§ 154, 38 II StGB 15 Jahre Freiheitsstrafe beträgt, zur Selbstbezichtigung gezwungen würde. Daß ein solches Vorgehen elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen und insbesondere dem Persönlichkeitsrecht widersprechen würde, leuchtet ohne weiteres ein und bedarf keiner näheren Begründung. Der Verdächtige kann die uneingeschränkten Pflichten des Zeugen nicht erfüllen. Das steht fest. Bieten nun die §§ 55, 60 Nr. 2 StPO einen Ausweg aus dem Dilemma, in das der Verdächtige bei seiner Verwendung als Zeuge gerät?

II. Die Befreiung des Verdächtigen vom Selbstbelastungszwang durch §§ 55, 60 Nr. 2 StPO ?

Bisher haben wir die §§ 55, 60 Nr. 2 StPO außer acht gelassen, um die gegensätzlichen Grundpositionen, die der Zeuge einerseits und der Verdächtige andererseits einnehmen, scharf herauszustellen. Nun müssen wir uns den genannten Vorschriften zuwenden und sie einer kritischen Würdigung unterziehen. Die Verwendbarkeit des Verdächtigen als Zeugen hängt wesentlich davon ab, ob sie den dabei auftretenden Selbstbelastungszwang beseitigen können.

25) vgl. die oben angegebene Rpsr; hinsichtlich des Verschweigens macht die h.M. (Bruns, GA 1960, 181; Schöнке-Schröder Vor § 153, Rdnr 16; BGHSt 1, 24; 3, 223) allerdings die Strafbarkeit von der Erheblichkeit der Beweistatsache abhängig.

1. Nach § 55 I StPO kann der Zeuge die Auskunft verweigern, wenn er sich dadurch selbst oder wenn er einem Angehörigen die Gefahr einer Strafverfolgung zuziehen würde. Von diesen beiden Alternativen, die § 55 StPO erfaßt, interessiert uns in diesem Zusammenhang nur die Eigengefährdung, also der Fall, bei dem der Zeuge in die Gefahr der eigenen Strafverfolgung gerät. Die Gefahr einer Strafverfolgung liegt dann vor, wenn die Antwort für den Vernehmenden zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer strafbaren und verfolgbaren Handlung enthalten würde, die den einfachen Tatverdacht zu begründen geeignet sind ²⁶⁾. § 55 I StPO will also den Zeugen davor bewahren, daß durch seine Aussage ein Tatverdacht gegen ihn geweckt wird. Um dies zu verhüten, gewährt die Vorschrift ihm ein Auskunftsverweigerungsrecht, d.h., der Zeuge kann die Antwort auf solche Fragen verweigern, die ihm gefährlich werden können. Auch wenn man das Wort "Frage" nicht im engeren Sinne des Wortes versteht, sondern auch ohne ausdrückliche Fragestellung alle Punkte einbezieht, die zum Beweis-thema gehören ²⁷⁾, wird der wesentliche Unterschied zum Schweigerecht des Beschuldigten oder zum Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen nicht verwischt. Während sich dort die Berechtigten in völliges Schweigen hüllen können, bleibt der Zeuge im Rahmen des § 55 hinsichtlich der restlichen (ungefährlichen) Fragen zur Aussage verpflichtet. Nur wenn die gesamte in Betracht kommende Aussage mit seinem vielleicht strafbaren Verhalten in so

26) Vgl. Geerds, Festschrift für Ulrich Stock, S. 175, der jedoch nicht auf den Verdacht des Vernehmenden, sondern auf den des objektiven Betrachters abstellt.

27) So Geerds, Festschrift für Ulrich Stock, S. 174; Müller-Sax, KMR, Anm. 1 b zu § 55.

engem Zusammenhang steht, daß nichts übrig bleibt, was er ohne die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung bezeugen könnte, wird sein Recht zur Auskunftsverweigerung aus § 55 StPO zum Recht der Verweigerung des Zeugnisses in vollem Umfange ²⁸⁾. Von diesem Ausnahmefall abgesehen kommt das Auskunftsverweigerungsrecht dem Schweigerecht in seiner tatsächlichen Auswirkung nicht annähernd gleich.^v Diese Feststellung ist zwar eine strafprozessuale Binsenwahrheit; trotzdem müssen wir die tatsächlichen und rechtlichen Unterschiede kurz aufzeigen, um zu sehen, daß § 55 StPO den Verdächtigen nur mangädhalt vor einer Selbstbelastung schützt. § 55 StPO bewahrt ihn nur davor, seine Verfehlungen direkt offenbaren zu müssen. Der Zweck der Vorschrift, dem Verdächtigen die Zwangslage zu ersparen, in die er bei seiner Vernehmung als Zeuge gerät ²⁹⁾, wird mit einem Auskunftsverweigerungsrecht nicht erreicht. Um einer wirklichen - vor allem indirekten - Selbstbelastung zu entgehen, bleibt dem nach § 55 StPO vernommenen verdächtigen Zeugen nichts anderes übrig, als zu lügen.

Bekanntlich braucht der Beschuldigte, der ein Schweigerecht hat ³⁰⁾, nicht nur keine belastenden, sondern auch keine entlastenden Umstände anzugeben ³¹⁾. Er braucht die gegen ihn bestehenden Verdachtsgründe nicht zu zerstreuen, selbst wenn er es könnte und teilweise oder gänzlich unschuldig wäre. Daraus ergibt sich, daß aus seinem Schweigen

28) BGHSt 10, 105;

Kleinknecht, StPO, Anm. 1 zu § 55;

Eb. Schmidt, Lehrk Teil II, Erl. 1 zu § 55;

Müller-Sax, KMR, Anm. 2 b zu § 55.

29) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 55;

Müller-Sax, KMR, Anm. 1 b zu § 55.

30) Vgl. Eb. Schmidt, NJW 1968, 1213.

31) Stree, JZ 1966, 594, 596.

allein sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht keine Schlüsse gezogen werden können. Die Erwägung, er würde sprechen, wenn er unschuldig wäre, ist verboten und "wäre auch rein tatsächlich äußerst schwach" ³²⁾. Anders ist die Rechtslage des Auskunftsverweigerungsberechtigten. Nach ganz h.M. ³³⁾ darf er die Antwort nur dann verweigern, wenn er sich bei wahrheitsgemäßer Aussage die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde. Kann die wahrheitsgemäße Beantwortung jene Folgen nicht auslösen, so bleibt er zur Aussage verpflichtet ³⁴⁾. Das bedeutet aber, daß er entlastende Umstände angeben muß. Wird also ein Verdächtiger gemäß § 55 StPO gefragt, ob er der Täter war, so muß er wahrheitsgemäß mit "Nein" antworten, wenn er unschuldig ist. Hat er dagegen die zur Last gelegte Tat tatsächlich begangen, so kann er nach § 55 I StPO die Antwort auf diese Frage verweigern. Dadurch drängt sich der Schluß aus dem Schweigen auf die Begehung der Straftat geradezu auf ³⁵⁾ und kann das Recht aus § 55 StPO illusorisch machen. Das hat bereits das RG ³⁶⁾ klar erkannt und ausgesprochen, es könne nicht davon abhängen, welche Aussage des Zeugen, ob die Bejahung oder Verneinung der gestellten Frage der Wahrheit entspricht. "Es ist nicht zu untersuchen, ob die Angabe der Wahrheit für den Zeugen die in Rede stehende Gefahr begründet, sondern ob die Beantwortung der Frage diese Folge für ihn hat". In der Tat wäre nur bei einer solchen Auslegung des § 55 StPO ³⁷⁾ ein wirksamer Schutz des

32) Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 5 a zu § 136.

33) Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 6 zu § 55;
Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 55;
Müller-Sax, KMR, Anm. 1 d zu § 55;
BGHSt 9, 36; Hölscher, Das Auskunftsverweigerungsrecht, S. 136

34) So ganz deutlich Eb. Schmidt aaO.

35) Die rechtliche Zulässigkeit dieses Schlusses wollen wir später untersuchen.

36) RGSt 36, 117.

37) Das RG befaßte sich mit dem insoweit gleichlautenden § 384 Nr. 2 ZPO.

Verdächtigen gegeben, weil der oben aufgezeigte Schluß nicht mehr möglich wäre. Jedoch ist die Entscheidung des RG vereinzelt geblieben und hat auch im Schrifttum ³⁸⁾ außer bei Geerds ³⁹⁾ keinen Anklang gefunden.

Die beim Beschuldigten verbotene Erwägung, er würde sprechen, wenn er unschuldig wäre, drängt sich beim verdächtigen Zeugen umso mehr auf, als er eine ausdrückliche Erklärung ⁴⁰⁾ abgeben muß, daß er und warum er nicht antwortet. § 55 StPO berechtigt ihn keinesfalls, die ihm gefährlichen Aussagepunkte einfach zu verschweigen ⁴¹⁾. Das gilt selbst dann, wenn er nicht ausdrücklich danach gefragt wird ⁴²⁾. Der BGH ⁴³⁾ meint zwar, es treffe die Besorgnis nicht zu, der Zeuge werde dadurch gezwungen, von sich aus auf belastende Geschehnisse hinzuweisen. Tatsächlich ist jedoch die Erklärung des Zeugen, er wolle nicht aussagen, für den Vernehmenden ein deutlicher Hinweis, daß er den wunden Punkt getroffen und welcher Spur er nachzugehen hat. Während dem Schweigen des Beschuldigten "immer auch andere Motive zugrunde liegen können, als ein schlechtes Gewissen" ⁴⁴⁾, kommt für die Antwortverweigerung nur der Grund einer Selbstbelastung in Betracht. Diesen Grund muß der Zeuge überdies noch nach § 56 StPO glaubhaft machen. Wörtlich genommen verlangt § 56 StPO sogar die Glaubhaftmachung der Tatsache, die die Strafverfolgungsgefahr begründet. Das würde jedoch den mit § 55 I StPO bezweckten Schutz gänzlich vereiteln. Deshalb genügt

38) Vgl. die oben angegebenen gegenteiligen Stimmen.

39) Festschrift für Ulrich Stock, S. 179.

40) Eb. Schmidt Lehrk. Teil II, Erl. 2 zu § 55;
RGSt 57, 153.

41) Eb. Schmidt aaO;
Müller-Sax, KMR, Anm. 1 e zu § 55;
Kleinknecht, Anm. 1 zu § 55;
RGSt 57, 153;
BGHSt 7, 127.

42) BGHSt 7, 128;
Kleinknecht, Anm. 1 zu § 55.

43) BGHSt 7, 128,

44) Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 5 a zu § 136.

nach h. M. ⁴⁵⁾ die Versicherung des Zeugen, er werde sich bei wahrheitsgemäßer Auskunft der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen. Mit einer solchen Versicherung ist aber bei einem schon verdächtigen Zeugen indirekt das Bekenntnis zur Täterschaft verbunden.

Bleibt noch zu prüfen, ob ein derartiger Schluß rechtlich zulässig ist. Die Tatsache des Schweigens des Beschuldigten darf bekanntlich weder bei der Beweiswürdigung noch bei der Strafzumessung gegen ihn verwendet werden ⁴⁶⁾. Ob man aus der Tatsache der Auskunftsverweigerung auf eine Täterschaft des Zeugen folgern darf, wird nicht einheitlich beurteilt. Die Praxis läßt eine solche Schlußfolgerung zu ⁴⁷⁾. Peters ⁴⁸⁾ berichtet von einem Fall, daß jemand, der in einem Wildereiprozeß auf ihn belastende Fragen gemäß § 55 StPO die Antwort verweigert hatte, allein auf Grund dieser Weigerung angeklagt und verurteilt wurde. Das Schrifttum ver-

45) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 56;
Eb. Schmidt, Lehrk., Teil II, Erl. 3 zu § 56;
Müller-Sax, KMR, Anm. 1 b zu § 56.

46) Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 599;
Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 7 zu § 136;
BGHSt 20, 281.

47) Vgl. Kleinknecht, StPO, Anm. 5 A zu § 163 a.

48) Gutachten für den 46. DJT, S. 140.

tritt überwiegend den gegenteiligen Standpunkt 50). Nach Peters 51) ist eine derartige Fernauswertung der Auskunftsverweigerung unzulässig. Sie unterfällt einem Beweismethodenverbot. Aber selbst wenn man ein solches Verwertungsverbot anerkennt, so bleibt doch, worauf Lenckner 52) mit Recht hinweist, "das psychologische Problem aller Verwertungsverbote bestehen, ein bereits vorhandenes Wissen um bestimmte Vorgänge und Zusammenhänge völlig aus dem Spiel lassen zu müssen". Der Vernehmende weiß infolge der Auskunftsverweigerung, welche Spur er in Zukunft verfolgen muß. Man kann von der Strafverfolgungsbehörde nicht verlangen, daß sie nun Scheinmanöver ausführt und mit der "Stange im Nebel herumstochert", obwohl ihr der Zeuge durch die Auskunftsverweigerung den zum Ziele führenden Weg gewiesen hat. In den meisten Fällen werden sich durch Nachforschungen in dieser Richtung andere Beweismittel finden lassen, die eine Überführung des verdächtigen Zeugen ermöglichen. Daher wird man in aller Regel auf eine unmittelbare und alleinige Verwertung der Tatsache der Auskunftsverweigerung verzichten können. Eine mittelbare Verwertung durch die Strafverfolgungsbehörde zur Auffindung weiterer Beweismittel ist aber auch bei Anerkennung eines Beweis-

50) Peters, Strafprozeß, S. 295
derselbe, Gutachten für den 46. DJT, S. 139;
Geerds, Festschrift für Ulrich Stock, S. 180;
Lenckner, Festschrift für Karl Peters, S. 338 Fn. 23.

51) Gutachten für den 46. DJT, S. 135, 139.

52) Festschrift für Karl Peters, S. 338 Fn. 23.

methodenverbotes nicht unstatthaft ⁵³⁾.

Ein anderes Problem stellt die Verwertung der Aussage des Verdächtigen als Zeuge in dem nachfolgenden Strafprozeß gegen ihn dar. Da der Verdächtige als Zeuge einer Aussagepflicht obliegt - die allerdings nach § 55 StPO beschränkt ist - könnte man mit guten Gründen die Auffassung vertreten, durch die Ausübung seines umfassenden Schweigerechts als Beschuldigter werde seine frühere Aussage unverwertbar. Eine derartige Einschränkung der Verwertung der früheren Aussage vertritt niemand. Lediglich in bezug auf Angaben, zu denen der Zeuge im Hinblick auf § 55 StPO nicht verpflichtet war, die er sohin freiwillig gemacht hatte, lassen einige ⁵⁴⁾ den Widerruf der Aussage zu. Nach der Rechtsprechung ⁵⁵⁾ und teilweise auch nach dem

-
- 53) Unzulässig wäre allerdings ein solches Verfahren, wenn man für dieses Beweismethodenverbot eine "Fernwirkung" anerkennt. Für allgemeine Fernwirkung der Beweisverbote:
Grünwald, JZ 1966, 500;
Kohlhaas DRiZ 1966, 291;
Spendel, JuS 1964, 471;
Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 271;
Die h. M. verneint eine Fernwirkung. Vgl. u. a.:
Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 7 zu § 136 a;
Kleinknecht, NJW 1966, 1544;
Baumann GA 1959, 33 ff.
Für das hier in Rede stehende Beweismethodenverbot fehlt, soweit ich sehe, eine Stellungnahme der Literatur.
- 54) Müller-Sax, KMR, Anm. 4 zu § 55;
Geerds, Festschrift für Ulrich Stock, S. 179;
Eb. Schmidt, Lehrk., Teil II, Erl. 9 Vor § 52.
- 55) BGH MDR 1951, 180;
BGHSt 6, 211;
OLG Celle NJW 1957, 194;
BGHSt 17, 245 ff;
BGH NJW 1957, 918 f.

Schrifttum ⁵⁶⁾ kann die frühere Aussage unbeschränkt durch Vernehmung von Verhörspersonen oder durch Verlesung von richterlichen Protokollen verwertet werden. Dies gilt sogar dann, wenn die nach § 55 II StPO vorgeschriebene Belehrung unterblieben ist ⁵⁷⁾.

2. Die Methode ^{der} Vernehmung des Verdächtigen als Zeugen unter Beachtung seines Auskunftsverweigerungsrechtes nach § 55 StPO, so wie wir es in knappen Zügen aufgezeigt haben, könnte die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden wesentlich erleichtern, wenn sie in der Praxis funktionieren würde. Einige Beispiele mögen das verdeutlichen.

In dem oben beschriebenen Bamberger Mordfall stellt die Polizei fest, daß 200 Soldaten an diesem Abend Ausgang hatten. Sie läßt nun diese als Zeugen durch den Ermittlungsrichter unter Beachtung des § 55 StPO vernehmen. Auf die an jeden Verdächtigen gerichtete Frage, ob er der Täter ist, muß der wirkliche Täter - vorausgesetzt, er verhält sich prozeßordnungsgemäß, wovon wir hier ausgehen wollen - antworten, er wolle nicht aussagen. Die anderen können und müssen gemäß ihrer Aussage- und Wahrheitspflicht die Frage verneinen. Auf diese Weise ist der Schuldige sehr schnell gefunden. Befindet er sich aber nicht unter den Vernehmenen, weil alle die gestellte Frage mit "Nein" beantworten, dann muß die Polizei nach anderen Verdächtigen suchen und das Gleiche kann von vorne beginnen.

Noch einfacher gestaltet sich die Aufklärung einer Straftat, wenn die Verdächtigen einen geschlossenen Kreis bilden, so daß einer von ihnen der Täter sein muß.

56) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 6 a zu § 55; Kleinknecht, StPO, Anm. 1 zu § 55.

57) BGHSt 11, 213;
Kleinknecht, StPO, Anm. 4 B zu § 55;
Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 3,7 zu § 55;
str.

Beispiel: Aus einem Tresor, zu dem 10 Personen einen Schlüssel besitzen, wird ein größerer Geldbetrag gestohlen. Die angestellten Ermittlungen - Schloß und sonstige Sicherheitsvorkehrungen sind unversehrt - schließen eine Entwendung durch Außenstehende aus. Der Verdacht fällt auf die 10 Schlüsselbesitzer.

Wegen des größeren Personenkreises wird die Strafverfolgungsbehörde zu Recht nicht alle von vornherein als Beschuldigte behandeln, insbesondere, wenn höhergestellte Personen (Prokurist, Direktor) sich darunter befinden, die aber nicht schon deswegen über jeglichen Verdacht erhaben zu sein brauchen. Sie läßt vielmehr alle Verdächtigen als Zeugen durch den Ermittlungsrichter vernehmen. Diese Vernehmung erübrigt weitere Ermittlungshandlungen. Denn die Tatsache, daß einer von den 10 Verdächtigen der Täter sein muß und neun von ihnen als Zeuge aussagen, sie hätten den Geldbetrag nicht entnommen, reicht für eine Verurteilung des zehnten aus. Das Schweigen des Täters braucht bei dieser Sachlage nicht einmal im Urteil verwertet zu werden.

Warum funktioniert die hier an zwei Beispielen dokumentierte Methode - Vernehmung aller Verdächtigen als Zeugen - in der Praxis nicht? Weil der wirkliche Täter sich nicht so verhält, wie es ihm § 55 StPO und seine Zeugenpflichten vorschreiben, sondern lügt. Da man nicht weiß, wer von den Verdächtigen lügt, kommt die Strafverfolgungsbehörde mit einer solchen Vernehmung keinen Schritt weiter. Nun kann man zwar lügenhaftes Verhalten von Zeugen im Strafprozeß auch durch die besten Vorschriften nicht verhindern. Während aber bei den sonstigen Zeugen Lügen kein rechtliches, sondern tatsächliches Problem darstellt, postuliert geradezu die rechtliche Konstruktion des Auskunftsverweigerungsrechtes ein derartiges Verhalten des Verdächtigen. Denn der Verdächtige kann, wie wir gesehen haben, ansonsten einer Selbstbelastung

gar nicht entgehen. Die Befreiung vom Selbstbezüglichungszwang, die § 55 StPO bezwecken soll ⁵⁸⁾, existiert nur auf dem Papier. Sie scheitert in der praktischen Anwendung.

Man sollte aus den tatsächlichen Folgen, die sich für den Verdächtigen bei einer strikten Anwendung des § 55 StPO ergeben, auch die rechtsdogmatischen Konsequenzen ziehen. Der Verdächtige befindet sich bei seiner Vernehmung in einer ähnlichen Lage wie der Beschuldigte, nur daß jener die drohende Strafe etwas näher vor Augen hat. Dieser geringe Unterschied rechtfertigt nicht die in § 55 StPO auch bei Eigengefährdung unter Anerkennung eines begrenzten Auskunftsverweigerungsrechts im Prinzip bejahte Aussagepflicht. Sie stellt inkonsequenterweise den Verdächtigen schlechter als den Beschuldigten und läuft auf eine ungleiche Behandlung gleicher Sachverhalte hinaus ⁵⁹⁾. Nicht zuletzt aus diesem Grunde werden wir in Teil II feststellen, daß der Verdächtige ebenso wie der Beschuldigte ein materielles Schweigerecht hat. Schweigerecht und Auskunftsverweigerungsrecht unterscheiden sich hinsichtlich ihrer rechtlichen Konstruktion nicht dem Grade, sondern dem Wesen nach. Denn während das Auskunftsverweigerungsrecht die Aussagepflicht an sich bestehen läßt, sie logischerweise sogar voraussetzt, entfällt bei einer Schweigebefugnis insoweit von vornherein die Aussagepflicht von selbst ⁶⁰⁾. Da der Verdächtige, wie wir sehen werden, ein Schweigerecht hat, müßte sich daraus an und für sich die verfahrensrechtliche Konsequenz ergeben, daß er, weil für

58) Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozeß-Ordnung 1872, S. 54; BGHSt, 1,40.

59) Vgl. Geerds, Festschrift für Ulrich Stock, S. 190.

60) Geerds, Festschrift für Ulrich Stock, S. 172; vgl. auch Glaser, Hb des Strafprozesses, 1. Bd. S. 517: "Verweigerung, keine Befreiung".

ihn jegliche Aussagepflicht entfällt, auch kein Zeuge sein kann, mithin § 55 StPO für ihn keine Anwendung findet.

Dieses Ergebnis könnte allerdings zweifelhaft sein, wenn §§ 55, 60 Nr. 2 StPO die Vernehmung des Verdächtigen verlangen oder bei der hier vertretenen Auffassung überflüssig würden. Dem ist aber nicht so. § 55 StPO geht, wie generell die Vorschriften über den Zeugen, davon aus, daß sich das Verfahren gegen einen anderen Angeklagten richtet. In diesem Verfahren wird der Zeuge, der hinsichtlich der angeklagten prozessualen Tat weder beschuldigt noch verdächtig ist, vernommen. Bei dieser Vernehmung müßte er seine strafrechtliche Beteiligung offenbaren. Eine solche Fallgestaltung liegt auch der Rechtskreistheorie des BGH ⁶¹⁾ zugrunde. Denn die Rechtskreistheorie wird nur dann verständlich und anwendbar, wenn mindestens zwei verschiedene Rechtskreise vorhanden sind, die verletzt sein können. Wird aber der entgegen § 55 II StPO im Verfahren gegen Unbekannt nicht belehrte Zeuge im Anschluß an seine Vernehmung beschuldigt und angeklagt und seine frühere Aussage mittels Einführung durch Verhörspersonen zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht, so gibt es nur einen Rechtskreis, nämlich den des früheren Zeugen und jetzigen Angeklagten, und dieser Rechtskreis ist unmittelbar betroffen. Während § 55 StPO auch die Fälle umfaßt, in denen der Zeuge bei seiner Vernehmung eine andere als die verfolgte Tat offenbaren müßte, ist der Anwendungsbereich des § 60 Nr. 2 StPO bedeutend enger. Hier muß Identität zwischen der verfolgten und der verdachtsbezogenen Tat bestehen. § 60 Nr. 2 StPO fordert eine Mitwirkung des Zeugen in der gleichen Richtung wie der Angeklagte ⁶²⁾.

61) BGHSt 11, 213.

62) Vgl. BGHSt 4, 36;

Kleinknecht, StPO, Anm. 6 D zu § 60;

Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 c zu § 60.

Wegen des engen Anwendungsbereiches dient die Vorschrift nicht wenigen als Argument dafür, daß der Verdächtige Zeuge sein kann ⁶³⁾. Demgegenüber meint Peters ⁶⁴⁾, § 60 Nr. 3 a.F. gehe von einer falschen Vorstellung über das Wesen des Zeugen aus, weshalb aus ihm hinsichtlich der prozessualen Stellung des Betreffenden keine Schlüsse gezogen werden könnten. Es sei durchaus möglich, aus § 60 Nr. 3 a.F. nur ein Vereidigungsverbot herzuleiten. In der Tat enthält § 60 Nr. 2 StPO den Begriff des Zeugen nicht, sondern spricht nur von "Personen", die der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, verdächtig sind. Doch ist das Argument von Gerlachs ⁶⁵⁾, daß sich die genannte Vorschrift nur auf teilnahmeverdächtige Zeugen beziehen kann, weil (Mit-) Beschuldigte ja ohnehin nicht vereidigt werden können, nicht von der Hand zu weisen. Trotzdem zwingt § 60 Nr. 2 StPO nicht zu dem Schluß, der Verdächtige müsse als Zeuge behandelt werden. Denn die Vorschrift behält auch nach der hier vertretenen gegenteiligen Auffassung durchaus ihren Sinn, wenn sich der Verdacht erst im Laufe der Vernehmung des zunächst unverdächtigen Zeugen ergibt, wie Lenckner ⁶⁶⁾ zutreffend bemerkt.

63) Lenckner, Festschrift für Karl Peters, S. 339;
v. Gerlach, NJW 1969, 776;
BGHSt 10, 10; Schöneborn, ZStrW 86, 928

64) Gutachten für den 46. DJT, S. 137.

65) JR 1969, 151;
ebenso Lenckner, Festschrift für Karl Peters, S. 339.

66) AaO, S. 338.

IV. Die Inkompatibilität der Verdächtigen !
mit der Zeugenrolle

1. Mit dem vorläufigen Ergebnis, daß die §§ 55,60 Nr. 2 StPO eher gegen als für eine Einbeziehung des Verdächtigen sprechen, können wir allein die Inkompatibilität zwischen Zeugen- und Verdächtigenstellung nicht begründen. Wir haben bisher lediglich festgestellt, daß das Auskunftsverweigerungsrecht eine Entscheidung zugunsten der Aussagepflicht darstellt und dem Schweigerecht, das dem Verdächtigen zusteht, nicht gleichkommt. Nun gilt es, die Querverbindung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht herzustellen. Welche Wechselwirkung besteht zwischen diesen beiden Rechtsgebieten? Konkret: Müssen sich die Verfahrensrollen an den dahinterstehenden materiellen Rechtspositionen orientieren oder kamman durch entsprechende Verfahrensgestaltung Aussagepflichten oder Schweigerechte schaffen und wieder beseitigen. Das hier auftauchende Problem ist uns unter dem Stichwort "Rollenvertauschung" bekannt, hat aber leider bis heute noch keine vollständige Klärung gefunden.

Daß sich verfahrensgestaltende Maßnahmen auf materielle Rechte auswirken und diese auch zu Ungunsten des Rechtsträgers verändern können, steht außer Zweifel. Solche Maßnahmen haben unter dem Begriff der doppel funktionellen Prozeßhandlung eine breite wissenschaftliche Erörterung gefunden ⁶⁷⁾. Auch die Zeugenpflichten hängen von der

67) Vgl. Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 53 ff; derselbe LehrkTeil I, Erl. 29-32.

Verfahrensgestaltung ab. Niemand hat nämlich allein auf Grund der Tatbeobachtung die Pflicht, vor Gericht zu erscheinen und seine Beobachtung kundzutun; vielmehr wird die Aussagepflicht, die eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG darstellt, durch die Ladung und Vernehmung durch den Richter ausgelöst. Ebenso-wenig entsteht das Schweigerecht des Beschuldigten durch die Straftatbegehung, sondern durch die Beschuldigung von Seiten der Strafverfolgungsbehörde. Das Schweigerecht ist von der Tatbegehung völlig unabhängig. Auch wer unschuldig ist, braucht bei seiner Vernehmung als Beschuldigter nichts zu sagen. Haben es nun die Strafverfolgungsbehörde und das Gericht völlig in der Hand, wen sie zum Zeugen deklarieren und damit der Aussagepflicht unterwerfen und wen sie als Beschuldigter vernehmen und dadurch ihm eine Schweigebefugnis verleihen ?

Zu diesem Ergebnis kommt man in der Tat, wenn man die noch h.M. in Rspr. ⁶⁸⁾ und Literatur ⁶⁹⁾ zum Problem der Rollenvertauschung von Mitbeschuldigten und Zeugen analysiert. Die h.M. geht von dem Grundsatz aus: Niemand kann im gleichen Verfahren Mitbeschuldigter und Zeuge sein. Entscheidend für die Stellung - Beschuldigter oder Zeuge - ist nun, ob das Verfahren, in dem der Betreffende aussagen

6c) Vgl. RGSt 5, 528; 6, 279; 27, 312; 52, 138;
RG JW 1912, 943;
BGHSt 10, 8, 187; 18, 238;
BGH JR 1959, 67;
NJW 1964, 1034.

69) Kleinknecht, StPO, Anm. 3 vor § 48, zweifelnd in Anm. 3 A vor § 48;
Müller-Sax, KMR, Anm. 4 c vor § 48;
Eb. Schmidt Lehrk. Teil II, Erl. 4 vor § 48;
Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 204.

soll, gerade gegen ihn geführt wird. Durch die Trennung verbundener Strafsachen kann man daher den Mitbeschuldigten, dessen Verfahren abgetrennt wird, im alten Verfahren förmlich zum Zeugen machen und ihn, der bisher schweigeberechtigt war, damit der Aussagepflicht unterwerfen, auch wenn er an der Tat, über die er aussagen soll, mit beteiligt war. Aussagepflicht und Schweigerecht richten sich also nach der Verfahrensgestaltung und nicht umgekehrt.

Inzwischen vertritt der BGH - allerdings nur in einem obiter dictum - insoweit den gegenteiligen Standpunkt ⁷⁰⁾: Die vorübergehende Abtrennung des Verfahrens gegen einen Mitangeklagten zu dem Zweck, ihn in dem Verfahren gegen die übrigen Mitangeklagten als Zeugen zu vernehmen, ist unzulässig, wenn er zu dem auch ihm zur Last gelegten Tatgeschehen gehört werden soll. Zur Begründung führt der BGH ⁷¹⁾ aus: "Nach deutschem Verfahrensrecht darf ein Beschuldigter in eigener Sache nicht als Zeuge gehört werden. Die Verfahrensordnung gestattet ihm zu schweigen. Sagt er aus, so ist es ihm überlassen, wie er seine Verteidigung einrichten will (§§ 136, 243 IV StPO). Das würde sich mit der gleichzeitigen Stellung als Zeuge nicht vertragen; denn als Zeuge trifft ihn die Aussage- und Wahrheitspflicht (§§ 57, 70 StPO), wenn er auch die Antwort auf bestimmte Fragen verweigern darf (§ 55 StPO)." Damit hat der BGH die Vorzeichen umgedreht: Durch entsprechende verfahrensgestaltende Maßnahmen - Abtrennung des Verfahrens und Zuweisung der Zeugenrolle - darf das Schweigerecht des Beschuldigten nicht vereitelt werden.

70) BGH JR 1969, 148 = GA 1968, 305;
Dem BGH folgt Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 4 b
Vor § 48.

71) JR 1969, 149 = GA 1968, 306.

Im Ergebnis gleich, in der Begründung jedoch teilweise abweichend ist die neuere Meinung im Schrifttum ⁷²⁾. Danach bestimmt die vorgegebene Sachbeziehung zu der prozessualen Tat die Prozeßfunktion des Verfahrensbeteiligten. Diese Stellung liege ein für allemal fest. Sie könne grundsätzlich nicht durch prozessuale Maßnahmen abgeändert werden. Lenckner ⁷³⁾ weist, ähnlich wie der BGH, auf die prozessualen Pflichten ⁷⁴⁾ der betreffenden Personen hin, die durch rein verfahrenstechnische, aus Gründen der Prozeßökonomie erfolgende, oft vom Zufall abhängige Maßnahmen nicht manipulierbar seien. Alle Meinungen laufen im Ergebnis darauf hinaus, daß jemand, wenn er einmal Beschuldigter ist, immer schweigen kann und nicht mehr zum Zeugen und damit aussagepflichtig gemacht werden darf.

2. Daß das Problem der Rollenvertauschung nicht erst beim Mitbeschuldigten oder Mitangeklagten, sondern schon lange vorher, bereits zu Beginn des Strafverfahrens beim Verdächtigen auftritt, wurde - wie schon einleitend gesagt - bisher in der Literatur kaum bemerkt, ihm jedenfalls im Vergleich zu seiner Bedeutung in der Praxis zu wenig Beachtung geschenkt ⁷⁵⁾. Und doch ist es für das "Schicksal" des Prozesses und auch des Verdächtigen oft ganz entscheidend, ob er als Beschuldigter

72) Vgl. Peters, Gutachten für den 46. DJT S. 136 ff; derselbe, Strafprozeß, S. 290; v. Gerlach, JR 1969, 149; Lenckner, Festschrift für Karl Peters, S. 336; Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 120.
AA. Schöneborn, ZStrW 86,927

73) AaO.

74) Wobei er im folgenden Aussagepflicht und Schweigerecht gegenüberstellt.

75) Siehe lediglich Petry, Beweisverbote im Strafprozeß, S. 103 f; Schöneborn, ZStrW 86,927

oder Zeuge vernommen oder nur formlos ohne jeglichen Aussagezwang befragt wird. Hier werden in erster Linie die Weichen für die künftige "Marschroute" gestellt. Es kann nicht gleichgültig sein, wie das geschieht.

Das Problem stand in BGHSt 10,8 zur Entscheidung an. Die Staatsanwaltschaft hatte ein Ermittlungsverfahren "gegen Unbekannt" wegen Geheimnisbruchs eingeleitet, weil in einem Strafverfahren der Eröffnungsbeschluß durch einen Unbefugten mit Matrizen vervielfältigt und zahlreichen Personen zugesandt worden war. Verdacht schöpfte sie gegen den, wie sich später herausstellte, wirklichen Täter. Auf ihren Antrag wurde er vom Ermittlungsrichter eidlich vernommen. Dabei verschwieg er, daß er es war, der den Eröffnungsbeschluß vervielfältigt und versandt hatte.

In der Entscheidung schränkt der BGH die Wahlfreiheit der Strafverfolgungsbehörde bei der allerersten Rollenverteilung erheblich ein: Die Strafverfolgungsbehörde darf einen als Täter einer Straftat oder als Teilnehmer an ihr Verdächtigen nicht aus sachfremden Erwägungen willkürlich in die Rolle eines Zeugen drängen, etwa zu dem Zweck, ihn als solchen dem Aussage- und womöglich dem Eideszwang auszusetzen. Damit anerkennt der BGH, daß sich das Verbot des Selbstbelastungszwanges bereits beim Verdächtigen und auf seine Stellung im Prozeß auswirkt. Dem ist voll beizupflichten. Der weiteren Begründung kann jedoch nicht mehr gefolgt werden. Der BGH meint, ein Verdächtiger, den die Strafverfolgungsbehörde willkürlich in die Rolle eines Zeugen drängt, wäre trotz seiner Vernehmung und Vereidigung als Zeuge in Wirklichkeit ein Beschuldigter. Die Ausführungen stehen im Widerspruch zur gesamten Rspr. und h.M. im Schrifttum zum Beschuldigtenbegriff, wonach jemand nur dann Beschuldigter ist, wenn die Strafverfolgungsbehörde auf Grund eines entsprechenden

Willensaktes das Verfahren gegen den Betreffenden gerade als Beschuldigten betreibt. Äußert sie aber durch seine Vernehmung als Zeugen den entgegengesetzten Willen, vermag auch ein Ermessensmißbrauch ihm nicht die Eigenschaft eines Beschuldigten zu verleihen. Mit den Schwierigkeiten, die sich hier infolge des Beschuldigtenbegriffes ergeben, wird der BGH nicht fertig. Ebensowenig Petry ⁷⁶⁾. Dieser meint, der Täter sei im Verfahren "gegen Unbekannt" in Wirklichkeit ein Beschuldigter, da sich das Verfahren aus seiner Perspektive bereits "gegen ihn" richte. Der Täter müsse jedenfalls von Anfang an seine vollen Rechte als Beschuldigter wahrnehmen können ⁷⁷⁾.

Richtig ist, daß man den Verdächtigen nicht einfach in die Rolle des Zeugen drängen darf. Ein solches Verfahren ist aber nicht deswegen unzulässig, weil der Verdächtige "in Wirklichkeit Beschuldigter" wäre, sondern weil er keine Aussagepflicht, vielmehr ein Schweigerecht hat. Die materielle Rechtsposition steht der prozessualen Zeugenfunktion entgegen. Dabei erübrigt sich die Fiktion eines Beschuldigten, wenn man, wie es den realen Gegebenheiten entspricht, die Eigenständigkeit der Rolle des Verdächtigen anerkennt. In der Praxis liegen die Dinge nämlich oft so, daß die Strafverfolgungsbehörde nicht von vornherein entscheiden kann, wer von den Verdächtigen als Zeuge und

76) Beweisverbote im Strafprozess, S. 104.

77) Petry hat zwar im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung recht. Er verwendet unzulässigerweise den materiellrechtlichen Täterbegriff im Prozeßrecht. Mit der Täterschaft kann man prozessual die Unzulässigkeit der Zeugenvernehmung nicht begründen. Der im Prozeßrecht adäquate Begriff ist der des Verdächtigen.

wer als Beschuldigter in Betracht kommt. Müßte sie eine solche Entscheidung immer zu Beginn des Strafverfahrens treffen, wäre der Willkür Tür und Tor geöffnet. Insofern warnt Kohlhaas ⁷⁸⁾ mit Recht davor, die Weichen allzufrüh auf "Beschuldigte" und "Zeugen" zu stellen und damit die Gewichte sehr frühzeitig zu verschieben. Vielmehr muß die Strafverfolgungsbehörde erst ermitteln, wozu auch eine Befragung des Verdächtigen gehört, bevor sie ihm die Rollen "Beschuldigter - Zeuge" zuweist. Bei der Befragung ist der Verdächtige nicht verpflichtet, etwas zu sagen, geschweige denn die Wahrheit. Gelingt es ihm, bestehende Verdachtsgründe zu zerstreuen, und sei es auch durch lügenhaftes Verhalten, so steht seiner Vernehmung als Zeuge nichts mehr im Wege. Besteht der Verdacht fort, darf er nicht in die Zeugenrolle gedrängt werden. Die Strafverfolgungsbehörde wird dann überlegen müssen, ob sie das bislang "gegen Unbekannt" geführte Verfahren nun gegen ihn als Beschuldigten weiterführt oder es einstellt. Eine Vernehmung als Zeuge, um ihn hinsichtlich seiner eventuellen Beteiligung an der Straftat dem Aussage- und Eideszwang zu unterwerfen, ist jedenfalls unzulässig.

78) In Löwe-Rosenberg, Anm. 11 zu § 163 a.

2. Teil

Prozessuale Bedeutung

Die prozessuale Bedeutung des Verdächtigen als Auskunftsperson ist in der Praxis erheblich. Sie beginnt mit der Personalienfeststellung und endet nicht selten mit der sofortigen Überführung des Verdächtigen, wenn er bei der ersten Frage zur Sache die Tat sogleich zugibt. Obwohl die Befragung des Verdächtigen in der Praxis eine so große Rolle spielt, herrscht in Schrifttum und Rechtsprechung eine auffallende Unsicherheit, welche Zwangsmittel dabei der Polizei zustehen und zu welchen Auskünften der Verdächtige verpflichtet ist. Wichtige Vorentscheidungen haben wir bereits mit der begrifflichen Abgrenzung getroffen: Der Verdächtige ist weder Beschuldigter noch Zeuge, stellt somit eine eigene prozessuale Figur dar. Mit diesem Ergebnis ist hinsichtlich der prozessualen Bedeutung zugleich die negative Aussage getroffen, daß für ihn weder die prozessualen Regeln über den Beschuldigten, noch die über den Zeugen gelten. Vorschriften der StPO, die diesen beiden Personenkreisen Auskunftspflichten auferlegen oder Antwort- und Zeugnisverweigerungsrechte einräumen, kommen nicht zur Anwendung. Diese Vorentscheidung ist gravierend. Denn damit wird den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit genommen, den Verdächtigen in die Zeugenrolle zu drängen und ihn so einer, wenn auch beschränkten, Auskunftspflicht zu unterwerfen. Andererseits bedeutet die Eigenständigkeit des Begriffs des Verdächtigen auch eine Erleichterung bei der Strafverfolgung. Die Polizei braucht keine Überlegungen anzustellen, in welche Kategorie (Zeuge oder Beschuldigter) der Verdächtige einzuordnen ist. Die für den ersten Zugriff umständlichen Belehrungen nach §§ 52 II, 55 II, 163 a V StPO entfallen, ohne daß

man ein mögliches Verwertungsverbot zu befürchten braucht ¹⁾.
Ebensowenig besteht eine Belehrungspflicht entsprechend § 136 I StPO ²⁾. Auch § 136 a StPO gilt für den Verdächtigen nicht ³⁾.
Welche gesetzlichen Regelungen bei der Befragung des Verdächtigen nun in Betracht kommen, soll im folgenden geprüft werden. Geprüft werden muß aber auch, ob diese Vorschriften gültig sind. Wir werden sehen, daß dies bei einigen Polizeigesetzen nicht der Fall ist. Schließlich wollen wir noch untersuchen, ob dem Verdächtigen ein Schweigerecht - ähnlich wie beim Beschuldigten - zusteht, und den Wirkungsbereich und die Grenzen dieses Rechtes abstecken.

1) Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1968, 1840;
BGH bei Dallinger MDR 1970, 197.

2) OLG Oldenburg, NJW 1967, 1096;
Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 11, 12 zu § 163 a;
Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 136.

3) Vgl. BGH bei Dallinger, MDR 1970, 14.

4. Kapitel: Die Rechtsgrundlagen der Befragung des Verdächtigen nach Bundesrecht

Die Befragung des Verdächtigen beginnt mit der Personalienfeststellung. Die Polizei muß erst wissen, wen sie vor sich hat, sei es, daß sie den Betreffenden als künftigen Beschuldigten oder Zeugen ansieht. In den Fällen, in denen der Name des Täters bekannt ist, dient die Personalienfeststellung der sofortigen Überführung. Aber auch dann, wenn man den Namen zunächst noch nicht weiß, kommt die Polizei mit der Personalienfeststellung des Verdächtigen bei ihren Ermittlungen ein wesentliches Stück weiter. Sie gewinnt neue Anhaltspunkte, die den bestehenden Verdacht erhärten oder Anlaß zu weiteren Ermittlungen geben können. Es besteht die Möglichkeit, Verwandte, Bekannte und Nachbarn festzustellen und sie als Zeugen zu vernehmen, überhaupt den Lebenskreis des Verdächtigen auszuspähen, damit den bestehenden Verdacht zu erhärten und Beweise zur Überführung zu sammeln.

Werden die Personalien des Verdächtigen nicht sogleich festgestellt, muß die Polizei befürchten, ihn alsbald aus den Augen zu verlieren. Einen Unbekannten zu verfolgen gestaltet sich wesentlich schwieriger, auch dann, wenn man von ihm ein vages Bild hat. Sind die Personalien bekannt, stehen den Strafverfolgungsbehörden zahlreiche Mittel zu Gebote, um den Verdächtigen wieder aufzuspüren, falls er flüchtig ist. Hat er einen festen Wohnsitz und besteht keine Fluchtgefahr, können die Ermittlungen von sicherer Warte aus weiter gegen ihn betrieben werden.

Wenn die Personalienfeststellung des Verdächtigen bei der praktischen Strafverfolgungstätigkeit der Polizei eine so wichtige Rolle spielt, sollte man meinen, daß auch eindeutige Rechtsgrundlagen für diese Maßnahme geschaffen sind. Daß dem nicht so ist, werden wir im folgenden sehen.

I. Die Regelung in der StPO

Eine Rechtsgrundlage werden wir zunächst in der StPO suchen. Denn es gilt ja zu ermitteln, ob der Verdächtige eine strafbare Handlung begangen hat, und ihn bejahendenfalls der Bestrafung zuzuführen. Insofern ist die Sach- und Interessenlage ähnlich wie beim Beschuldigten. Nach einer den §§ 136, 136 a, 163 a StPO entsprechenden Regelung halten wir jedoch vergeblich Ausschau. Wir müssen schon auf allgemeinere Vorschriften zurückgreifen.

1. Zunächst bieten sich die §§ 152 II, 160, 163 StPO als allgemeinste prozessuale Bestimmungen an. §§ 152 II, 160 StPO enthalten den generellen Ermittlungs- und Verfolgungsauftrag der Staatsanwaltschaft. Bereits zur Begriffsbildung haben wir diese Vorschriften herangezogen und festgestellt, daß § 160 I StPO wörtlich genommen keinen rechten Sinn ergibt ⁴⁾. §§ 152 II, 160 I StPO müssen vielmehr zusammen gelesen werden: Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten Kenntnis erhält, die den Verdacht einer strafbaren Handlung begründen, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen. Mit dem Vorhandensein des Verdachts einer Strafbaren Handlung setzt also die Ermittlungstätigkeit der Staatsanwaltschaft ein. Das bedeutet, daß weder tatsächlich eine strafbare Handlung vorzuliegen braucht, noch ein Beschuldigter vorhanden sein muß. Es genügt sowohl hinsichtlich der Handlung als auch der Person insoweit ein Verdacht.

Die Frage, wann beginnt der Strafprozeß, ist demnach sehr leicht zu beantworten. Er beginnt, wenn die Staatsanwaltschaft (genauer: der zuständige Staatsanwalt) einen bestimmten Verdacht gefaßt hat. Das ergibt sich ganz klar aus den §§ 152 II, 160 I StPO.

4) Vgl. oben S. 18 Fußn. 47

Für die Polizei enthält § 163 StPO den allgemeinen Ermittlungsauftrag. Er gilt für alle Polizeibeamten, also nicht nur für die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft oder die Kriminalpolizei ⁵⁾. Man spricht vom "Recht des ersten Angriffs" ⁶⁾ oder "ersten Zugriffs" ⁷⁾. Wann diese Tätigkeit einzusetzen hat, regelt § 163 StPO nicht ausdrücklich. Es kann jedoch hier nichts anderes gelten als für die Staatsanwaltschaft, da § 163 StPO die Polizei für den sogenannten ersten Zugriff der Staatsanwaltschaft gleichsetzt ⁸⁾. § 163 StPO enthält trotz sprachlicher Verschiedenheit im Grunde genommen die gleiche Regelung wie §§ 152 II, 160 I, StPO ⁹⁾. Es wäre auch merkwürdig, wenn die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft eher einsetzen müßte als die der Polizei, während die Verhältnisse doch tatsächlich umgekehrt liegen.

Der an Polizei und Staatsanwaltschaft gerichtete allgemeine Ermittlungsauftrag umfaßt auch die Aufgabe, den Verdächtigen nach seinen Personalien und seiner strafrechtlichen Beteiligung zu fragen. Denn der Begriff des Verdächtigen setzt, wie wir gesehen haben, einen gegen ihn gerichteten Tatverdacht voraus. Mit dem Entstehen des Tatverdachts beginnt aber die Strafverfolgungstätigkeit. Wenn daher die Polizei den Verdächtigen nach seinen Personalien fragt, handelt sie in Erfüllung ihres Ermittlungsauftrages nach § 163 StPO, d. h. die Befragung des Verdächtigen und die Feststellung seiner Personalien findet ihre Regelung in den §§ 152 II, 160 I, 163 StPO. Es kann daher

5) Samper, PAG, Art. 3, Rdnr. 8;
Kaufmann E., Der polizeiliche Eingriff, S. 43;
Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 163;
Roxin, DRiZ 1969, 385.

6) Kaufmann, Der polizeiliche Eingriff, S. 33.

7) Kleinknecht, StPO, Anm. 1 A zu § 160.

8) Kleinknecht, aaO.

9) Vgl. Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 303 Fußn. 2;
RGSt 70, 252.

Kleinknecht nicht gefolgt werden, wenn er schreibt ¹⁰⁾:
"Eine im Gesetz nicht erwähnte Phase ist das am Anfang stehende 'Herumfragen', eine informatorische, formlose Befragung zur Gewinnung eines groben Bildes, ob wirklich der Verdacht einer Straftat besteht und wer als Beschuldigter oder als Zeuge in Betracht kommt", Dann solange kein Verdacht besteht, brauchen die Strafverfolgungsbeamten nicht "herumzufragen". Sie sollen auch nicht nach Strafbaren Handlungen "schnüffeln", sondern solche erforschen ¹¹⁾. Besteht aber ein Verdacht und ist ein Verdächtiger vorhanden, dann sind die §§ 152 II, 160, 163 StPO einschlägig; wir befinden uns in der ersten Phase des Strafprozesses.

Höchst zweifelhaft ist jedoch, ob die vorgenannten Bestimmungen den Strafverfolgungsbeamten das Recht verleihen, eine Person, insbesondere einen Verdächtigen, nach ihren Personalien zu fragen und sie hierzu anzuhalten und zwar in der Weise, daß die Verweigerung dieser Angabe als Eingriff in die staatlichen Hoheitsrechte erscheint. Denn wenn eine Person als Verdächtiger von einem Polizeibeamten nach ihrem Namen gefragt bzw. aufgefordert wird, sich auszuweisen - wobei sie meist vorher noch angehalten wird - so kann von irgendwelchen informatorischen Handlungen ohne Rechtseingriffscharakter nicht mehr die Rede sein. Vielmehr handelt es sich um typisch hoheitliche Zwangsmaßnahmen, was u. a. schon daraus hervorgeht, daß dem Befragten in nahezu allen Fällen eröffnet wird, daß er festgenommen werde, falls er die geforderten Angaben verweigere. Wir benötigen daher eine Vorschrift, welche der Polizei eine derartige Fragebefugnis verleiht.

10) StPO, Anm. 1 C zu § 163;
Kriminalistik 1965, 451.

11) Vgl. Müller-Sax, KMR, Anm. 3 b bb zu § 152.

Nach dem Grundsatz der sogenannten "Trennung von Aufgabe und Befugnis" hat sich in den letzten Jahren weitgehend die Ansicht durchgesetzt, daß § 163 StPO der Polizei lediglich eine Aufgabe zuweist, ihr aber keine Befugnis zu selbständigen Zwangsmaßnahmen einräumt.¹²⁾ Die Zwangsbefugnisse ergeben sich vielmehr aus den einzelnen über die StPO verstreuten Bestimmungen¹³⁾. "§ 163 I ermächtigt nicht zu Zwang, auch nicht zur Sistierung zur Feststellung von Personalien"¹⁴⁾. Folglich hat die Polizei auf Grund des § 163 StPO auch kein hoheitliches Recht auf Auskunft, dem eine Erklärungspflicht des Verdächtigen entsprechen würde.

Gerade das Gegenteil hat das BayObLG in NJW 1969, 2057 ausgesprochen. §§ 163 und 163 a StPO käme nicht nur die Bedeutung einer Umschreibung der Funktion zu; die Vorschriften enthalten vielmehr durch die Ausdehnung des Legalitätsprinzips auf die Polizei durchaus auch Ermächtigungen. Dem Recht der Polizei, nach den Personalien i. S. d. § 360 I Nr. 8 StGB zu fragen, müsse notwendig eine Erklärungspflicht des Verdächtigen oder Beschuldigten entsprechen. Die Entscheidung, die von Seeboden¹⁵⁾ schärfste Ablehnung gefunden hat, ruft umso mehr Verwunderung hervor, als das BayObLG selbst in mehreren Entscheidungen¹⁶⁾ auf einer strengen Trennung von Aufgabe und

12) RGSt 27, 153 ff; 32, 269; 38, 374; 39, 190;
RG in GA Bd 60, 88;
JW 1931, 1563;
BayObLG in BayVBI 1957, 35;
BGH in NJW 1962, 1020;
Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 5 zu § 163;
Samper, Kommentar zum BayPAG, Rdnr. 9 zu Art. 3;
Peters, Strafprozess, S. 157;
Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 46.

13) Peters, Strafprozess, S. 157.

14) Kleinknecht, StPO, Ann. 7 zu § 163.

15) NJW 1969, 2057.

16) Vgl. BayVBI 1957, 35;
BayObLGSt 1959, 38 ff.

Befugnis beharrt hat, worauf auch sonst im Bayer. Verwaltungsrecht sehr geachtet wird ¹⁷⁾). Zu Unrecht verweist der 4. Senat auf das Urteil des 1. Strafsenats des BayObLG vom 6. 11. 1957 ¹⁸⁾). Denn dort hat das BayObLG die Befugnis des Polizeibeamten, von dem Beschuldigten die Angaben über Familienstand und Beruf zu fordern, dem Art. 14 I Nr. 1 bayPAG entnommen. Lediglich der Umfang der Personalienfeststellung, sagt der 1. Strafsenat, sei nicht in Art. 14 geregelt, sondern ergebe sich aus der angeführten Vorschrift des § 163 I StPO in Verbindung mit den §§ 155 I, 200 StPO ¹⁹⁾). Daß es sich das BayObLG bei dieser Entscheidung zu leicht gemacht hat, geht schon daraus hervor, daß die oben aufgezeigte herrschende Meinung über Bedeutung und Auslegung des § 163 StPO als vereinzelt und nur im Schrifttum, nicht aber in der Rechtsprechung, vertretene Auffassung bezeichnet wird. Zahlreiche Literaturstellen und die gesamte in dieser Frage vorhandene Rechtsprechung müssen übersehen worden sein. Auch Koffka, die der Entscheidung zwar im Ergebnis zustimmt, lehnt ebenfalls die Herleitung der Erklärungs Pflicht aus § 163 StPO ab ²⁰⁾).

17) Vgl.

Emmerig DVBl 1958, 340;

F. Mayer in Mang u. a., Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1968, S. 395;

F. Mayer, Die Eigenständigkeit des Bayer. Verwaltungsrechts, S. 235;

Samper, Kommentar zum bayPAG, Rdnr. 15 zu Art. 14.

18) BayObLGst 1957, 221.

19) Eine Befugnis des Polizeibeamten zur "Sistierung" auf Grund des § 163 StPO wurde auch in BayObLGst 1959, 38 = BayVBl 1969, 162 ausdrücklich abgelehnt.

20) JR 1970, 72: "Aus der Ermittlungspflicht der Kriminalpolizei hinsichtlich aller für das Strafverfahren wesentlichen persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten allein folgt noch nicht die Pflicht des Beschuldigten, alle diese Verhältnisse betreffenden Fragen zu beantworten. ...Seine Rechtspflicht, dem ermittelnden Polizeibeamten seinen Familienstand anzugeben, folgt aus den §§ 136 III, 163 a IV StPO nur im Zusammenhang mit § 360 I StGB".

Mit Recht macht sie geltend, daß der Beschuldigte dieser Rechtsprechung zufolge nicht nur die in § 360 I Nr. 8 StGB a. F. beschriebenen, sondern alle für das Strafverfahren wesentlichen persönlichen Verhältnisse offenbaren müßte. Dies wird aber nirgends, auch nicht vom BayObLG, vertreten.

Der Entscheidung kann man daher nicht folgen ²¹⁾. Es ist vielmehr der herrschenden Meinung beizutreten und festzustellen, daß die Polizei einen Verdächtigen nach seinen Personalien fragen kann, sie aber auf Grund des § 163 StPO kein hoheitliches Recht auf Auskunft hat. Sie kann nur um freiwillige Auskunft bitten ²²⁾. Das gleiche gilt für die Staatsanwaltschaft hinsichtlich der §§ 152 II, 160 I StPO.

2. Damit wird es notwendig, auf solche Vorschriften zurückzugreifen, die eindeutig zum Befugnis-katalog der StPO gehören. Hierzu zählt § 127 I StPO. Er verleiht jedermann - und damit auch den Beamten der Polizei ²³⁾ - die Befugnis, den auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter vor-

21) Im Anschluß an RGSt 13, 426 hat allerdings die H. L. - vgl. Eb. Schmidt, Lehrk. Teil II, Erl. 17 Vor § 48; Kaufmann E., Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte, S. 84 - nach § 163 StPO die Befragung von Zeugen nach Name und Wohnort, sowie die zwangsweise Festnahme - nach RG "Sistierung" - der die Auskunft verweigernden Personen behufs eventueller Vorführung vor dem Richter zugelassen, damit sich die betreffenden Personen nicht der Zeugenpflicht entziehen. Doch Eb. Schmidt äußert selbst Bedenken gegen solche Befugnisse der Polizei. Wir können hier offenlassen, ob RGSt 13, 426 richtig ist, da der Verdächtige nicht Zeuge sein kann.

22) Kopperschmidt, DÖV 1953, 76.

23) Allg. Meinung: vgl. Z. B. Kleinknecht, StPO, Anm. 3 zu § 127; Eb. Schmidt, Nachtragsband, Erl. 3 zu § 127; Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm. 7 zu § 127; RGSt 21, 12; RGSt 46, 351.

läufig festzunehmen, wenn seine Persönlichkeit nicht sofort festgestellt werden kann. Da hier nur vom "Täter" die Rede ist, müssen wir zunächst untersuchen, ob unter diesen Begriff auch der Verdächtige fällt.

In der Strafrechtslehre herrscht die Meinung, die Festnahme müsse sich gegen den wirklichen Täter richten ²⁴⁾, während die Strafprozessualisten in der Mehrheit Tatverdacht ²⁵⁾ oder ~~dringenden~~ Tatverdacht ²⁶⁾ genügen lassen. Eine bestimmte Rechtsprechung hat sich in dieser Frage nicht gebildet. Die auffallende Divergenz zwischen Strafrechtlern und Strafprozessualisten kommt nicht von ungefähr. § 127 StPO ist eine doppel funktionelle Vorschrift ²⁷⁾. Die Strafrechtler wenden nun an ihr als strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund die ihnen eigene strafrechtliche Betrachtungsweise an, die es nur mit existenten - subjektiven oder objektiven - Umständen zu tun hat. § 127 I StPO ist aber in erster Linie eine prozessuale Befugnisnorm. Als solche wirkt sie in das materielle Recht ein, nicht umgekehrt. Wenn eine Maßnahme nach § 127 I StPO prozessual zulässig ist, dann ist sie auch rechtmäßig i. S. d. Strafrechts ²⁸⁾, d. h. die prozessuale Betrachtungsweise entscheidet. Die StPO kennt aber keinen "Täter", auch keinen wirklichen Täter,

24) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., S. 354;
Welzel, Strafrecht, 11. Aufl., S. 94;
Jescheck, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., S. 296;
a. A. möglicherweise Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, 5. Aufl., S. 432 ganz unten.

25) Peters, Strafprozess, 2. Aufl., S. 372.

26) Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm. II 1 zu § 127;
Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 286;
Müller-Sax, KMR, Anm. 1 a zu § 127.

27) Vgl. Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 48.

28) Fincke, GA 71, 45.

sondern nur einen Beschuldigten oder Verdächtigen. Die objektive Täterschaft ist dem Prozeßrecht völlig gleichgültig. Man muß also die objektiv formulierten Voraussetzungen des § 127 StPO prozessual transponieren, d. h. in der Verdachtskategorie ausdrücken ²⁹⁾. Das bedeutet, das Recht der vorläufigen Festnahme nach § 127 I StPO besteht schon dann, wenn sachliche Gründe den Verdacht stützen, es handle sich um den Täter, und wenn die festgestellte Tat beim wirklichen Täter diese Maßnahme ermöglichen würde ³⁰⁾.

Soweit der Verdächtige nicht auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird, kommt § 127 II StPO in Betracht. Auch hier gilt hinsichtlich der festzunehmenden Person das oben zu § 127 I StPO Gesagte entsprechend: Ihre Täterschaft braucht nicht festzustehen. Es genügt, wenn bestimmte Anhaltspunkte den Verdacht stützen, diese Person sei der Täter ³¹⁾. An Stelle des Merkmals "auf frischer Tat betroffen" treten die Voraussetzungen eines Haftbefehls, also dringender Tatverdacht (§ 112 I S. 1 StPO) und ein Haftgrund (§ 112 II, III, IV StPO); insoweit finden die allgemeinen Grundsätze, die zu §§ 112, 113 StPO entwickelt wurden, Anwendung. Durch die Verweisung auf § 112 I StPO und den dort normierten dringenden Tatverdacht ergibt sich eigentlich schon aus dem

29) Findke, GA 71, 43.

30) Vgl. König, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, 1962, S. 348, 349; Bockelmann, Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nach deutschem Immunitätsrecht, S. 57; Meindke, Hamburger Diss. 1963, S. 32 ff; a. A. Eb. Schmidt, Ergbd., Rdnr. 8 zu § 127; Hoffmann DVBl 1967, 753; Bockelmann sieht mit Recht in der Beschränkung des § 127 StPO auf jene Personen, deren Täter- oder Teilnehmer-eigenschaft eindeutig feststeht, eine völlige Aus-höhlung des § 127 StPO. Steht doch die Täterschaft des Verdächtigen erst am Ende der Hauptverhandlung fest!

31) Vgl. König, aaO, S. 348, 349.

Gesetz, daß die nach § 127 II StPO festzunehmende Person nicht der "wirkliche Täter", sondern lediglich ein (dringend) Verdächtiger sein muß.

Auch nach Einbeziehung des Verdächtigen in den Anwendungsbereich des § 127 StPO überrascht auf den ersten Blick, daß die Bestimmung ein Fragerecht der Polizei bzw. eine Personalangabepflicht des Verdächtigen normieren soll. Ist doch in § 127 StPO nur von "Festnahme" die Rede. Die Überraschung weicht aber nicht selten einer vorbehaltlosen Zustimmung, wenn die hierzu gegebene Begründung nachgelesen wird: Das Recht zur Festnahme als der weitergehenden Maßnahme schließt auch die Befugnis zu Freiheitsbeschränkungen ein, die nur vorübergehend bis zur Feststellung der Personalien des Beschuldigten aufrechterhalten werden soll; der Begriff der Festnahme erfordere nicht die Absicht dauernder Freiheitsentziehung. Eine Personalienfeststellung könne daher unter Umständen auch in § 127 StPO ihre Rechtfertigung finden ³²⁾. Am Bestehen eines hoheitlichen Rechts der Polizei, einen Verdächtigen nach den Personalien zu fragen, dürfte nach dieser Ansicht kein Zweifel bestehen. Die hier vorgenommene Deduktion von der weitergehenden Maßnahme der Festnahme auf die geringere Befugnis zur Vornahme von Vorstufenhandlungen wie Anhaltung und Personalienfeststellung ist jedoch nicht unproblematisch und bedarf daher einer Nachprüfung.

Zunächst müssen wir uns um saubere Begriffe bemühen, insbesondere ist der Begriff "Sistierung", zu der § 127 StPO ermächtigen soll ³³⁾, geeignet, Verwirrung zu stiften,

32) So wörtlich Samper, BayPAG, Rdnr. 17 zu Art. 14; Ähnlich König, Allg. Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, S. 348, 349; Beide unter Hinweis auf BayObLGSt 1959, 38 = BayVBl 1959, 162 = DÖV 1960, 130.

33) Vgl. Kleinknecht, StPO, Anm. 3A zu § 127; Hoffmann, DVBl 1967, 753; Reder, Würzburger Diss., 1971, S. 58.

da der Begriff nicht einheitlich verwendet wird. Die einen verstehen darunter die Feststellung der Personalien ³⁴⁾, andere die Anhaltung zwecks Feststellung der Personalien ³⁵⁾, wieder andere die vorläufige Festnahme zur Personalienfeststellung ³⁶⁾, und schließlich faßt Hoffmann ³⁷⁾ alle diese Maßnahmen unter Sistierung zusammen. Da jeder auf den anderen verweist, werden die Unterschiede verwischt. Daß hier aber gewichtige Unterschiede bestehen, wird sich im folgenden zeigen. Daher werden wir den Begriff der Sistierung nach Möglichkeit vermeiden.

Auch darüber, was unter der in § 127 StPO genannten Festnahme zu verstehen ist, herrscht keine völlige Klarheit. Die Unsicherheit rührt daher, daß z. T. die Festnahme zu einem Zweck umfunktioniert wird, dem dann eine Reihe von Festnahmenmitteln dienen können ³⁸⁾. So wurde nicht nur ein festes Anpacken und Festhalten für zulässig erklärt, sondern auch Freiheitsberaubung, körperliche Mißhandlung, Wegnahme von Sachen und schließlich sogar der Gebrauch von Schußwaffen, wenn sie nur die Festnahme ermöglichen sollen ³⁹⁾. Neben

34) Z. B. Reder, aaO, S. 2.

35) Z. B. König, Allg. Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, S. 347;
BayObLGSt 1957, 222;
BayObLGSt 1959, 39.

36) Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, S. 45;
Kaufmann E., Der polizeiliche Eingriff, S. 290;
RGSt 13, 428.

37) DVBl 1967, 751.

38) Vgl. Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm. 9 zu § 127.

39) Vgl. Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm. 8, 9 zu § 127 und die dort angegebenen Fundstellen.

diesen Maßnahmen erscheint die Befugnis zur Feststellung der Personalien und damit auf Seiten des Verdächtigen die Verpflichtung zur Auskunft als ein so geringfügiger Eingriff, daß man darüber kaum ein Wort zu verlieren braucht, wobei man zur Begründung anführt, die Frage nach der Person und die zu diesem Zweck erfolgende Anhaltung sei gegenüber der Festnahme die weniger einschneidende und deshalb die zunächst allein zulässige Maßnahme ⁴⁰⁾.

Ansatzpunkt unserer Überlegungen ist der Begriff der Festnahme. Die Festnahme besteht in zwangsweisem Festhalten, also in einer Freiheitsentziehung ⁴¹⁾. Dabei muß erkennbar sein, daß die Freiheitsentziehung zum Strafverfahren gehört ⁴²⁾. Der Entzug der Freiheit und der Bezug zum Strafverfahren sind also die beiden wesentlichen Merkmale der Festnahme. Daraus ergeben sich zwei wichtige Schlußfolgerungen: Die Freiheitsentziehung stellt einen Eingriff in das Grundrecht der Bewegungsfreiheit des Art. 2 II S. 2 GG dar. Mit Hilfe des Schlusses a-maiore-ad-minus kann man daher einen Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers nur insoweit begründen, als er ebenfalls das Grundrecht des Art. 2 II S. 2 GG tangiert. Das ist z. B. bei der sogenannten Anhaltung der Fall. Unter Anhaltung versteht man die kurzfristige Unterbrechung der bisherigen Fortbewegung einer Person, die, wenn sich die Person nicht fortbewegt, auch in einem Unterlassen bestehen kann ⁴³⁾. Als solche greift sie ebenfalls in das Grundrecht der persönlichen Freiheit ein ⁴⁴⁾. Deshalb ist nichts dagegen einzuwenden, wenn das

40) Vgl. z. B. König, Das Allg. Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, S. 348;
Vgl. auch Dünnebier in Löwe-Rosenberg, Anm. 10 zu § 127:
"Recht, die Persönlichkeit des Verdächtigen festzustellen".

41) Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtrag, Erl. 24 zu § 127;
Peters, Strafprozeß, S. 372.

42) Kleinknecht, StPO, Anm. 1 zu § 127;
BayObLGst 60, 66, 68.

43) Samper, BayPAG, Rdnr. 1 zu Art. 14.

44) Emmerig in Die Neue Polizei 1960, 20;
Samper aaO, Rdnr. 2 zu Art. 14;
BayObLGst 1957, 221.

BayObLG⁴⁵⁾ folgt;
gert; daß das Recht zur Festnahme als der weitergehenden
Maßnahme auch die Befugnis zu Freiheitsbeschränkungen in
sich schließt, die nur vorübergehend bis zur Feststellung
der Personalien des Beschuldigten aufrechterhalten werden
sollen.

Im Rahmen des § 127 StPO kann daher die Polizei einen
Verdächtigen anhalten, um ihn nach seinen Personalien zu
fragen⁴⁶⁾. Daraus folgt jedoch keineswegs die Pflicht des
Angehaltenen, die verlangten Personalangaben zu machen⁴⁷⁾.
Denn der Schluß a-maiore-ad-minus versagt hier wegen der
Verschiedenartigkeit der tangierten Grundrechte. Der Wir-
kungsbereich des letzteren Eingriffs unterscheidet sich
nämlich wesentlich vom ersteren: Eine Verpflichtung auf
Auskunft würde dem Schweigerecht des Verdächtigen⁴⁸⁾ zu-
widerlaufen; das mangels einer konkreteren Norm in Art. 2
I, 20 GG seine Rechtsgrundlage findet. Wegen der Verschie-
denartigkeit der tangierten Grundrechte wäre eine eigen-
ständige Regelung vonnöten, die den Eingriff in das Schwe-
igerecht rechtfertigt. Die Wirkungsbereiche der verschiede-
nen Eingriffe dürfen nicht miteinander vermengt werden⁴⁹⁾.

45) BayObLGSt 1959, 38 = BayVBl 1959, 162.

46) Vgl. Samper, BayPAG, Rdnr. 17 zu Art. 14;
König, Allg. Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern,
S. 349.

47) Davon gehen aber offenbar Samper aaO und König aaO aus.
Die Berufung auf BayObLGSt 1959, 38 versagt insoweit.
Denn das BayObLG spricht wiederholt und ausdrücklich
nur vom Eingriff in die Freiheit: "Daraus folgt, daß
der Eingriff in die Freiheit des Beschuldigten zum
Zwecke der Feststellung seiner Personalien seine Recht-
fertigung unter Umständen auch in § 127 StPO finden
kann".

48) Das Schweigerecht wird im VI. Kapitel noch näher unter-
sucht.

49) BGHSt 8, 147 f.

Allerdings darf man nicht verkennen, daß es von diesem Grundsatz auch Ausnahmen gibt. So sind z. B. im Rahmen des § 81 a StPO auch kurzfristige Freiheitsbeschränkungen zulässig, die die Entnahme einer Blutprobe ermöglichen sollen⁵⁰⁾. Die Befugnis zum Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG) berechtigt hier auch zur Beschränkung des Grundrechts der körperlichen Bewegungsfreiheit (Art. 2 II S. 2 GG). Das leuchtet auch ohne weiteres ein. Denn die Vornahme eines körperlichen Eingriffs gegen den Willen des Beschuldigten ist ohne Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit - durch Festhalten oder Zwangsnarkose - nicht durchführbar. Will man daher "der Verfassung einen vom Grundgesetzgeber nicht gewollten Formalismus unterstellen", muß § 81 a StPO auch die Befugnis zur kurzfristigen Freiheitsbeschränkung stillschweigend mit enthalten⁵¹⁾. Beim Auskunftsrecht und Anhalterecht besteht indessen kein derartiges Abhängigkeitsverhältnis. Um den Verdächtigen anhalten zu können, bedarf es nicht der vorherigen Feststellung seiner Personalien. Vielmehr ist das Anhalten dem Fragen vorgelagert⁵²⁾. Eine Konstruktion, ähnlich der bei § 81 a StPO anerkannten, versagt deshalb hier. Es bleibt bei dem, vom BGH⁵³⁾ aufgestellten, Grundsatz, daß die Wirkungsbereiche der Eingriffe nicht miteinander vermengt werden dürfen, sondern jeder Eingriff

50) Vgl. Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 9 zu § 81 a; Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband, Erl. 29 zu § 81 a; OLG Hamburg, VRS 1965, 196.

51) So Tiedemann, JZ 1964, 626.

52) Daher könnte man wohl aus einem Auskunftsrecht, gesetzt den Fall, es bestünde, ein Anhalterecht herleiten. Denn um an den Verdächtigen die Frage nach seinen Personalien richten zu können, muß man ihn in der Regel vorher zum Stehenbleiben bringen.

53) BGHSt 8, 147 f.

in die Rechtssphäre des Bürgers nur nach seiner eigenen spezifischen Bedeutung zu beurteilen ist ⁵⁴⁾.

Der zweite Grund, weshalb man nicht aus dem Festnahme- und Anhalterecht des § 127 StPO auf eine Auskunftspflicht des Verdächtigen schließen kann, ergibt sich aus der Bezogenheit dieser Maßnahmen zum Strafverfahren. Anhaltung und Auskunftsverlangen zielen darauf ab, festzustellen, ob der Verdächtige eventuell der gesuchte Täter ist, um ihn schließlich - als Fernziel- seiner Bestrafung zuzuführen. Eine Verpflichtung zur Auskunft würde auf eine Verpflichtung zur aktiven Mitwirkung des Verdächtigen an der eigenen Überführung hinauslaufen. Es soll an dieser Stelle noch nicht untersucht werden, ob der Verdächtige ähnlich wie der Beschuldigte ein Schweigerecht hat ⁵⁵⁾ und deshalb von ihm keine inkriminierende Angabe verlangt werden kann. Zunächst wollen wir uns nur mit der Art des verlangten Verhaltens, das in einer aktiven Mitwirkung besteht, befassen und prüfen, ob vom Verdächtigen ein Tätigwerden in einem möglicherweise gegen ihn gerichteten Strafverfahren gefordert werden kann. Denn eine Verpflichtung zur Personalangabe würde den Verdächtigen zu einem positiven Tun zwingen ⁵⁶⁾.

Zur Lösung dieses Problems werfen wir einen Blick auf die Rechtslage beim Beschuldigten, aus der wir aufschlußreiche Hinweise gewinnen können. Den Beschuldigten trifft nur in ganz wenigen klar umrissenen Fällen eine Pflicht zur Mitwirkung am Strafverfahren. Hierher gehören die Pflicht,

54) So insbesondere auch Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband, Erl. 26 zu § 127.

55) Dazu unten im VI. Kapitel.

56) Insbesondere, wenn man den Zusammenhang mit § 360 I Ziff. 8 StGB a. F., nun § 111 OWiG herstellt.

vor Gericht zu erscheinen ⁵⁷⁾ und sich gegebenenfalls einem anderen, z. B. einem Zeugen, gegenüberstellen zu lassen ⁵⁸⁾. Voraussetzungen und Erzwingbarkeit sind in der StPO ausdrücklich geregelt. Ohne eine solche ausdrückliche gesetzliche Regelung kann vom Beschuldigten keine aktive Mitwirkung am Strafverfahren verlangt werden. Dies war früher streitig. Im Rahmen des § 81 a StPO tauchte die Frage auf: "Ist der Beschuldigte verpflichtet, ins Röhrchen zu pusten?" Das OLG Köln ⁵⁹⁾ hat noch entschieden, daß den Beschuldigten bei der im Rahmen des § 81 a StPO erfolgten ärztlichen Untersuchung und Testung eine gewisse aktive Mitwirkungspflicht trifft. Die Entscheidung entsprach schon damals nicht der Literaturmeinung ⁶⁰⁾ und kann mit dem Urteil des BayObLG vom 16. 1. 1963 ⁶¹⁾, in dem das Gericht feststellte, daß der Beschuldigte nach § 81 a I StPO nur zu einem Dulden, nicht aber zu einem Blasen in das Prüfgerät verpflichtet ist, als überholt gelten. Dem BayObLG folgen auch die Kommentare ⁶²⁾. Damit wurde einer Erweiterung der Handlungspflichten des Beschuldigten auf andere als gesetzlich geregelte Bereiche eine klare Absage erteilt.

Die Mitwirkung des Beschuldigten am Strafverfahren beschränkt sich grundsätzlich auf ein passives Dulden. Nichts anderes kann für den Verdächtigen gelten. Denn die Zurückhaltung des Gesetzgebers, der Rechtsprechung und Lehre in

57) §§ 133, 134, 230 I, II StPO.

58) § 58 II StPO.

59) VRS 22, 148.

60) Vgl. vor allem Dahs/Wimmer, NJW 1960, 2217 ff.

61) NJW 1963, 772.

62) Vgl. Kleinknecht, StPO, Anm. 2 C, 8 zu § 81 a;
Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband, Erl. 28 zu
§ 81 a.

der Statuierung von Handlungspflichten muß auf dem Hintergrund des Grundsatzes "Nemo tenetur, se ipsum accusare" gesehen werden, der nicht nur für den Beschuldigten, sondern für jedermann schlechthin gilt. Daher begegnet es größten Bedenken, wenn versucht wird, aus § 127 StPO, der eindeutig für den Verdächtigen nur eine Duldungspflicht normiert, mit Hilfe des Schlußes a-maiore-ad-minus ein Gebot zur aktiven Mitwirkung, nämlich zur Angabe seiner Personalien, herzuleiten. Diese Deduktion muß als zu wenig durchdacht und die fundamentalen Grundsätze des Strafverfahrens außer acht lassend abgelehnt werden.

Weitere einschlägige Vorschriften der StPO sind nicht ersichtlich. Damit endet unsere strafprozessuale Überprüfung mit dem Ergebnis, daß der Verdächtige zur Feststellung seiner Personalien nach § 127 StPO angehalten und, soweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dies erlaubt, auch festgenommen werden kann. Eine Pflicht zur Angabe der Personalien trifft ihn jedoch weder nach §§ 152 II, 160 I, 163 StPO noch nach § 127 StPO.

II. Die Pflicht zur Personalangabe auf Grund des § 111 OWiG?

1. Durch das EGStGB sind die restlichen Übertretungstatbestände des StGB und damit auch § 360 I Nr. 8 StGB a. F. beseitigt worden. An die Stelle dieser Vorschrift ist § 111 OWiG getreten. Die Umwandlung der bisherigen Kriminalstrafe in eine Ordnungswidrigkeit, die nicht den hohen Grad ethischen Unwertgehaltes einer Straftat aufweist, begegnet keinen Bedenken. § 360 I Nr. 8 StGB a. F. gehörte sicherlich nicht zum Kernbereich des Strafrechts, das nach Art. 92 GG allein der rechtsprechenden Gewalt anvertraut ist ⁶³⁾. Der Gesetzgeber konnte daher im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessensspielraumes die falsche Namensangabe und Namensverweigerung als Ordnungswidrigkeit einstufen. Man muß diese Änderung sogar als vernünftig und sachgerecht ansehen. Denn nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung verdient die Namensverweigerung nicht das Unwerturteil, das der Strafe anhaftet. Es genügt, dem Betroffenen durch Androhung und Verhängung einer Geldbuße die Ernsthaftigkeit der verletzten Norm nachhaltig vor Augen zu führen.

Abgesehen von der Rechtsfolge - Geldbuße statt Geld- oder Freiheitsstrafe - können wir bei der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen unbedenklich auf die Rechtsprechung und Literatur zu § 360 I Nr. 8 StGB a. F. zurückgreifen. Die Grundvoraussetzungen der Ordnungswidrigkeit stimmen mit denjenigen der Straftat überein. Die Lehre vom Wesen der Straftat gilt auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht ⁶⁴⁾. Zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit bestehen nur graduelle Unterschiede ⁶⁵⁾. Gegenüber der früher

63) BVerfG NJW 1969, 1619.

64) Göhler, OWiG, Vor § 1, Anm. 4.

65) Rotberg, OWiG, Einf., S. 48.

vertretenen "aliud-Theorie" ⁶⁶⁾ herrscht heute die Meinung vor, daß die Rechtsverletzungen innerhalb des Kriminalunrechts und des Ordnungsunrechts nicht nach qualitativen, sondern nach quantitativen Merkmalen zu unterscheiden sind ⁶⁷⁾. Diese Auffassung rechtfertigt weitgehend die Gleichbehandlung beider Erscheinungsformen in einzelnen Fragen der Rechtsanwendung ⁶⁸⁾. Die Gleichbehandlung ist hier umso eher am Platze, als der Tatbestand nur unwesentliche Änderungen erfahren hat. Die anzugebenden Personalien wurden konkreter gefaßt und zum Teil erweitert. Statt des Oberbegriffs "Name" erfolgte eine Aufgliederung in Vor-, Familien- und Geburtsname; den von § 360 I Nr. 8 StGB a. F. verwendeten Begriff des Standes hat § 111 OWiG dahin konkretisiert, daß nur der Familienstand, nicht etwa die Stellung im öffentlichen oder gesellschaftlichen Leben oder gar die Einkommensverhältnisse gemeint sind ⁶⁹⁾. "Gewerbe" wurde gestrichen, da diese Angabe neben dem Beruf bei den Personalien nur selten eine Rolle spielt. Dafür sind Ort und Tag der Geburt in den Tatbestand aufgenommen worden, die bei der Personenüberprüfung wesentlich bedeutsamer sind. Nur mit Hilfe dieser Angaben kann man nach dem INPOL-System ⁷⁰⁾ die Identität einer gesuchten mit der überprüften Person feststellen oder einen Strafregisterauszug einholen.

66) Vgl. Eb. Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 26 ff;
Derselbe, JZ 1951, 101.

67) Göhler, OWiG, Vor § 1, Anm. 2 A b;
Baumann, JZ 1972, 1;
Bockelmann, ZStrW 82, 110;
Lackner, ZStrW 82, 112;
Lang-Hinrichsen, Festschrift für H. Mayer, S. 57 ff.

68) Rotberg, OWiG, Einf., S. 48.

69) Rotberg, OWiG, Rdnr. 5 zu § 111.

70) s. S. 180

Die Ersetzung des Beamten- durch den Amtsträgerbegriff war aus Anpassungsgründen notwendig.

§ 111 OWiG, der unkorrekterweise die Überschrift "Falsche Namensangabe" trägt, zerfällt, wie schon § 360 I Nr. 8 StGB a. F., in zwei Tatbestandsalternativen: der falschen Personalienangabe und der Angabenverweigerung. Wenn wir hier der Frage nachgehen, ob man aus § 111 OWiG eine Auskunftspflicht des Verdächtigen über seine Personalien herleiten kann, interessiert ~~is~~ soweit nur die letztgenannte Form. Der schweigende Verdächtige kann sich niemals wegen Falschangaben verfolgbarmachen; für ihn kommt, wenn überhaupt, lediglich die zweite Tatbestandsalternative in Betracht. Ein Verweigern der Personalien liegt nicht nur dann vor, wenn der Befragte ausdrücklich erklärt, er mache keine Angaben. Auch das unberechtigte Schweigen auf die Frage nach der Person kann eine Verweigerung sein; desgleichen, wenn der Befragte bei der Feststellung der Personalien Ausflüchte gebraucht oder sonstige Schwierigkeiten macht, und es nach den Umständen des Falles unangemessen wäre, die Befragung trotz der Schwierigkeiten fortzusetzen ⁷¹⁾. Keine Falschangabe, sondern eine Verweigerung ist auch dann gegeben, wenn nur ein Teil der Angaben verweigert wird ⁷²⁾. In der Form der Namensverweigerung stellt § 111 OWiG ein echtes Unterlassungsdelikt dar ⁷³⁾. Aus der Tatbestandsfassung kann man dies nicht sofort erkennen. Denn nach dem

71) Göhler, OWiG, Anm. 3 C zu § 111;
KG DStR 39, 180.

72) Göhler, aaO;
BayObLG NJW 1969, 2057 hinsichtlich des Familienstandes.

73) So für § 360 I Nr. 8 StGB a. F.:
Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 204;
Derselbe NJW 1953, 328 insbes. Anm 6;
Baumann, Strafrecht, AT, S. 223;
Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, S. 460;
Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, S. 10.

ersten Eindruck verbietet die Norm etwas, nämlich die Verweigerung der Angaben, schreibt aber keine bestimmte Tätigkeit vor. Auf die Zufälligkeit der Tatbestandsfassung kommt es jedoch nicht an ⁷⁴⁾. Abzustellen ist, worin der Kern des Vorwurfs liegt. Der Kern des Vorwurfs besteht darin, daß der Befragte es unterläßt, die gewünschte Auskunft zu erteilen, da es gleichgültig ist, in welcher Form - ausdrückliche Verweigerung oder Schweigen - dies geschieht. Hinter § 111 OWiG steht der Befehl: Du sollst deinen Namen sagen! Die Aktivfassung der zweiten Tatbestandsalternative setzt daher gleichwohl die Verletzung einer Gebotsnorm voraus. Insofern ist § 111 OWiG 2. Alt. auch kein unechtes Unterlassungsdelikt, da auch diese Deliktsform eine Verbotsnorm zur Voraussetzung hat ⁷⁵⁾.

2. § 111 OWiG regelt bis ins einzelne, welche Angaben und wem gegenüber sie zu machen sind. Die wesentlichste Frage läßt die Bestimmung jedoch offen, nämlich, wann diese Auskunft zu erteilen ist. Daß man nicht jedem Beamten auf Verlangen Name, Geburtsort, Beruf usw. nennen muß, steht außer Zweifel. Der Entscheidung des OLG Hamm ⁷⁶⁾, daß keine allgemeine Pflicht des Staatsbürgers besteht, sich ohne Grund einem Polizeibeamten über seine Person auszuweisen, hat sich das gesamte Schrifttum ⁷⁷⁾, sowie der BGH ⁷⁸⁾ angeschlossen. Streng genommen ergibt sich das bereits aus

74) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, S. 581.

75) Vgl. zur Abgrenzung echter und unechter Unterlassungsdelikte:
Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, S. 581.

76) NJW 1954, 1212.

77) Z. B. Mösl in LK, Rdnr. 10 zu § 360;
Schönke-Schröder, StGB, Rdnr. 28 zu § 360;
Dreher, StGB, Anm. 8 A b) bb) zu § 360;
Rotberg, OWiG, Rdnr. 9 zu § 111.

78) BGHSt 25, 17.

der Tatbestandsfassung, wonach die Auskunftspflicht nur gegenüber der zuständigen Behörde, dem zuständigen Amtsträger und dem zuständigen Soldaten der Bundeswehr besteht. Aber hier beginnen die eigentlichen Schwierigkeiten: Wer ist zuständig i. S. d. § 111 OWiG? Die Erläuterungswerke ⁷⁹⁾ führen hierzu meist aus: Zuständig sei derjenige, dem das hoheitliche Recht zukommt, nach dem Namen zu fragen, sodaß die falsche Namensangabe ⁸⁰⁾ als Eingriff in staatliche Hoheitsrechte erscheint. Dabei wird auf die grundlegenden Reichsgerichtsentscheidungen RGSt 17, 224 und RGSt 72, 30 verwiesen, allerdings übersähen, daß die Entscheidungen gerade in dem hier interessierendem Punkte erheblich divergieren ⁸¹⁾. In RGSt 17, 224 war die Frage zu entscheiden, ob ein Briefträger zuständiger Beamter i. S. d. § 360 I Nr. 8 StGB a. F. ist. Das RG verneinte dies mit der Begründung, zuständiger Beamter im Sinne der Gesetzesvorschrift könne nur derjenige sein, "welcher im einzelnen Falle kraft seiner amtlichen Stellung und Wirksamkeit berechtigt erscheint, den bürgerlichen Namen der ihm bei Ausübung seiner Dienstpflicht gegenüberstehenden Person durch deren Befragung zu erforschen und festzustellen, demgemäß von derselben die wahrheitsgetreue Angabe ihres Namens zu fordern, auf diesem Verlangen ungeachtet erfolgender Weigerung zu bestehen und sie hierzu durch die ihm etwa gesetzlich an die Hand gegebenen Zwangsmittel zu nötigen". Zwar werde durch die einschlägige Postordnung den Briefträgern und Postboten die Aufgabe und Verpflichtung auferlegt, sich bei der

79) Vgl. Rotberg, OWiG, Rdnr. 9 zu § 111;
Dreher, StGB, Anm. 8 A b) bb) zu § 360;
Mösl in LK, Rdnr. 10 zu § 360;
Schönke-Schröder, StGB, Rdnr. 28 zu § 360.

80) Zu ergänzen ist: die Nichtangabe.

81) Hierauf macht Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband, Erl. 19 zu § 243, aufmerksam.

Bestellung von Postsendungen Gewißheit zu verschaffen, ob diejenige Person, die sich ihnen gegenüber als Adressat ausgibt, in Wahrheit der Adressat sei. Jedoch lasse sich den Vorschriften über das Postwesen nicht entnehmen, daß nach dem Willen des Gesetzes den genannten Beamten bei der dienstlichen Bestellung von Postsendungen die oben erwähnte Befugnis und Machtstellung eingeräumt sein solle. Wenn bei der Bestellung von Sendungen Hindernisse aufträten, könnten diese nicht durch Anwendung einer öffentlich-rechtlichen Zwangsgewalt überwunden werden; die Sendung sei lediglich als unbestellbar anzusehen und zu behandeln. Das RG verlangte also, daß der Beamte nicht nur die Aufgabe - die ja unbestreitbar gegeben war - sondern auch die öffentlich-rechtliche Befugnis zur Erforschung des Namens hatte.

RGSt 72, 30 spricht zwar auch von dem "hoheitlichen Recht" des Beamten, nach dem Namen zu fragen, und von einem Eingriff in staatliche Hoheitsrechte. Bei näherem Hinsehen erweist sich dieses sogenannte Recht als Aufgabenzuweisung und dienstliche Verpflichtung des Beamten. Das geht vor allem daraus hervor, daß das RG die Zuständigkeit i. S. d. § 360 I Nr. 8 StGB a. F. auch für den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle der Beschwerdekammer des Landgerichts⁸²⁾ bejaht hat. Nun sind zwar die Namen der Angeklagten oder Parteien in das Protokoll aufzunehmen⁸³⁾. Weder der StPO noch der ZPO läßt sich jedoch eine Befugnis des Urkundsbeamten auf Erforschung des Namens der genannten Personen entnehmen, der auf seiten der Befragten eine Verpflichtung zur Namensangabe entsprechen würde⁸⁴⁾.

82) Unklar bleibt, ob im Zuge eines Strafverfahrens.

83) § 272 Nr. 4 StPO und § 159 II Nr. 4 ZPO.

84) Vgl. BGHSt 25, 17.

Diese beiden RG-Entscheidungen, die zu Unrecht oftmals in einem Atemzug genannt werden ⁸⁵⁾, machen deutlich, wozum es bei dem Merkmal "zuständig" in § 111 OWiG geht: Bedeutet Zuständigkeit nichts weiter als den nach örtlichen und sachlichen Gesichtspunkten begrenzten Geschäftsbereich einer Behörde, die schon dann gegeben ist, wenn die Feststellung der Personalien zu den Aufgaben des Beamten gehört ⁸⁶⁾, oder umfaßt der Begriff auch die Berechtigung, d. h. die öffentlich-rechtliche Befugnis des Beamten zur Personalienfeststellung ⁸⁷⁾? Nur für die erstgenannte Ansicht folgt die Verpflichtung des Befragten auf Auskunft aus § 111 OWiG ⁸⁸⁾; die Vertreter der anderen Meinung setzen insoweit ein anderweitig begründetes hoheitliches Recht

-
- 85) Z. B. Mösl in LK, Rdnr. 10 zu § 360;
Rotberg, OWiG, Rdnr. 9 zu § 111, Fußn. 8.
- 86) So BGHSt 25, 16, der allerdings § 360 I Nr. 8 StGB a. F. zu den sogenannten offenen Tatbeständen zählte;
In dem genannten Sinne können verstanden werden:
RGSt 72, 30;
OLG Hamm NJW 1954, 1212;
OLG Hamburg JR 1964, 430;
OLG Düsseldorf NJW 1970, 1888;
Koffka JR 1970 71;
Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 174;
Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 12 zu § 136;
Kleinknecht, StPO, Anm. 6 zu § 136 und Anm. 8 A zu § 163;
Dreher, StGB, Anm. 8 A b) bb) zu § 360;
Göhler, OWiG, Anm. 3B zu § 111;
Rotberg, OWiG, Rdnr. 9 zu § 111.
- 87) Eine Berechtigung verlangen: RGSt 17, 224;
BayObLGSt 1957, 221;
BayObLG JR 1965, 348; NJW 1969, 2057;
OLG Dresden, HRR 2, 195 f;
Seebode NJW 1969, 2057 und MDR 1970, 189;
Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband, Erl. 19 zu § 243
und Erl. 17 zu § 136;
Maurach, Deutsches Strafrecht, BT, S. 665;
Peters, Strafprozeß, S. 178;
Castringius, Hamb. Diss., S. 55;
Hoffmann DVBl 1967, 752.
- 88) Dieser Konsequenz scheinen sich nicht alle Vertreter bewußt zu sein.

des Beamten (und eine entsprechende Verpflichtung des Befragten) bei § 111 OWiG voraus.

Die Bedeutung des Unterschiedes beider Auffassungen darf nicht unterschätzt werden. Sieht man die Zuständigkeit des Beamten mit der Aufgabenzuweisung als gegeben an, wird der Anwendungsbereich der Vorschrift erheblich größer. Einige Beispiele mögen das verdeutlichen. Wer Rechtsanwalt werden will, benötigt die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Die Zulassung wird auf Antrag erteilt (§ 6 I BRAO). In dem Antrag, über den die Landesjustizverwaltung entscheidet⁸⁹⁾, sind vor allem die Personalien anzugeben. Die Feststellung der Personalien des Bewerbers gehört demnach zum Aufgabenbereich der Behörde, die damit "zuständig" i. S. d. § 111 OWiG wäre. Oder ein anderes Beispiel: Um den Fischfang ausüben zu dürfen, muß man in Bayern einen Fischereischein bei sich führen⁹⁰⁾. Er ist gemäß § 1 I Fischereischeinverordnung⁹¹⁾ bei der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde zu beantragen. Der Antrag hat alle Angaben zu enthalten, die entsprechend dem Muster der Anlage 2⁹²⁾ in den Fischereischein aufzunehmen sind: Name, Vorname, Beruf, Geburtstag und -ort, Wohnort und Wohnung, sowie Staatsangehörigkeit. Auch hier kann kein Zweifel bestehen, daß die Erfragung dieser Angaben vom Antragsteller zum Geschäftsbereich der Kreisverwaltungsbehörde gehört. Ähnlich liegen die Verhältnisse, wenn jemand einen Führerschein begehrt. Auch er muß nach § 8 I StVZO einen Antrag bei der Kreisverwaltungsbehörde stellen und seine Personalien angeben. Man könnte diese Reihe beliebig fortsetzen; man denke nur an den Bauantrag, den Wohngeldantrag, die Waffenbesitzkarte oder ent-

89) § 8 I BRAO.

90) Art. 1 I Fischereischeingesezt vom 27. 10. 1970, GVBl, S. 506.

91) GVBl 1970, S. 665.

92) GVBl 1970, S. 668.

sprechend dem erstgenannten Beispiel an die Bewerbung als Richter, Referendar, Beamter usw. In all diesen Fällen sind gegenüber einer bestimmten Behörde einige oder alle der in § 111 OWiG bezeichneten Angaben zu machen, ohne daß jedoch der Behörde eine öffentlich-rechtliche Befugnis, die Angaben zu erzwingen, oder auch nur ein hoheitliches Recht, das eine entsprechende Verpflichtung des Bürgers beinhaltet, zusteht. Und schließlich gehören in diese Gruppe die §§ 163, 163 a, 136 III StPO. Auch Polizei und Staatsanwaltschaft haben die Aufgabe, die Personalien des Beschuldigten und des Verdächtigen zu ermitteln. Besondere Befugnisse räumt ihnen die StPO hierzu nicht ein.

Auf der anderen Seite gibt es etliche - wenn auch zahlenmäßig weit weniger - Gesetze, die den Behörden und Beamten ausdrücklich das Recht verleihen, die gewünschte Auskunft zu verlangen, ihnen sogar Mittel an die Hand geben, die Auskunft zu erzwingen. Zu nennen wären z. B. §§ 17, 21 Personenstandsgesetz. Bei Geburt eines Kindes ist der Vater verpflichtet, Vor- und Familiennamen, Beruf, Wohnort und Staatsangehörigkeit beim Standesbeamten anzugeben. Den Zeugen trifft die Pflicht, die in § 68 S. 1 StPO genannten Angaben zu machen, und er kann im Weigerungsfall zur Ordnungsstrafe und Erzwingungshaft verurteilt werden (§ 70 StPO). Nach § 32 II Bundesseuchengesetz haben Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige, Ausscheider und Ausscheidungsverdächtige den Beauftragten des Gesundheitsamtes über alle wesentlichen Umstände, wozu auch die Personalien gehören, Auskunft zu geben. Die Polizei kann nach Art. 14 I Nr. 3 BayPAG eine Person zur Feststellung ihrer Personalien anhalten, wenn dies erforderlich ist zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten, weil diese Person dringend verdächtig ist, geschlechtskrank zu sein und Geschlechtskrankheiten weiter zu verbreiten. Der Briefträger hat in seiner Eigenschaft als Zustellungsbeamter im Sinne der Ver-

fahrensvorschriften - nicht aber sonst - das hoheitliche Recht, den Namen des Adressaten zu erforschen ⁹³⁾. Der Registerrichter kann die vorgeschriebenen Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister durch Ordnungsstrafen erzwingen (§§ 12, 14 HGB). Das sind nur einige Beispiele. Sie zeigen, daß es auch echte Auskunftspflichten des Bürgers über Namen und sonstige Person~~en~~alien gibt, bei denen kein Zweifel besteht, daß die Behörden und Beamten berechtigt sein sollen, die Auskunft zu erhalten. Damit finden beide zum Begriff der Zuständigkeit in § 111 OWiG vertretenen Ansichten in den geltenden Gesetzen eine Stütze. Welche Ansicht zutrifft, gilt es nun zu ermitteln.

3. Der Zuständigkeitsbegriff spielt vor allem im Verwaltungsrecht eine Rolle. Mehr als auf anderen Rechtsgebieten muß dort der Abgrenzung der Aufgaben- und Machtbereiche der verschiedenen staatlichen Stellen Beachtung geschenkt werden. Deswegen erhoffen wir in erster Linie vom allgemeinen Verwaltungsrecht Aufklärung für unsere Frage, werden jedoch insoweit bald enttäuscht. Der Begriff wird dort in einem umfassenden Sinne gebraucht in der Weise, daß er die Abgrenzung der Aufgaben, Befugnisse und Verbindlichkeiten der Subjekte innerhalb der Verwaltungsorganisation umfaßt ⁹⁴⁾. Zuständigkeit kann sowohl den nach örtlichen und sachlichen Gesichtspunkten begrenzten Geschäftsbereich einer Behörde bedeuten, die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben, wobei offen bleibt, welche Mittel der Behörde zur Erledigung der Aufgaben~~en~~ zustehen, als auch die Kompetenz, d. h. die Verpflich-

93) RGSt 17, 226;

Mösl in LK, Rdnr. 10 zu § 360;

Schönke-Schröder, StGB, Rdnr. 28 zu § 360.

94) Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 9.

tung und Berechtigung, dem Gegenstand nach bestimmte Angelegenheiten wahrzunehmen, wozu dann auch die auf diesem Gebiet eingeräumten Befugnisse zählen ⁹⁵⁾.

Im Strafrecht stoßen wir auf den Begriff in den §§ 153, 154, 156, 145 d, 164, 169 und § 361 Nr. 8 StGB a. F.. Er wird auch hier nicht einheitlich verwendet. Für §§ 153, 154, 156 StGB ergibt sich bereits aus der Tatbestandsfassung "zur eidlichen Vernehmung...zuständigen Stelle", daß dieser Stelle die im Rahmen der Eidesabnahme vorgesehenen Befugnisse eingeräumt sein müssen, was immer der Fall ist, wenn sie Eide abnehmen darf. Für die Entgegennahme von Anzeigen (§§ 145 d, 164 StGB) sind keine Befugnisse erforderlich. Welche Behörde zur Führung von Personenstandsbüchern oder zur Feststellung des Personenstandes zuständig ist (§ 169 StGB), ergibt sich aus den besonderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, auf die damit ohne Unterscheidung zwischen Aufgaben und Befugnissen pauschal Bezug genommen wird. Dagegen war für § 361 Nr. 8 StGB a. F. klar, daß die zuständige Behörde eine Befugnis zur Fristsetzung haben mußte, die sich in Bayern auf Art. 36 LStVG gründete.

Auch im OWiG taucht der Begriff "zuständig" wiederholt, z. B. in den §§ 35 ff, 58, 88, 114 OWiG, auf. Zuständig zur Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach den §§ 35 ff OWiG kann nur die Behörde sein, die auch die entsprechenden Befugnisse hat. Die "zuständige Dienststelle" in § 114 I OWiG bestimmt sich hingegen nach der Organisation der Bundeswehr ⁹⁶⁾.

95) Vgl. Wolff, aaO, S. 12, 13.

96) Göhler, OWiG, Anm. 3 zu § 114.

Ebensowenig kann man der dogmatischen Einordnung des Merkmals "zuständig" in § 111 OWiG die Lösung des Problems entnehmen. Im Rahmen des § 360 I Nr. 8 StGB a. F. war es sehr umstritten, ob "zuständig" als normatives Tatbestandsmerkmal ⁹⁷⁾, objektive Bedingung der Strafbarkeit ⁹⁸⁾ oder spezielles Rechtswidrigkeitsmerkmal ⁹⁹⁾ einzustufen ist. Mit § 111 II OWiG scheint der Gesetzgeber sich der h. M. - normatives Tatbestandsmerkmal - angeschlossen zu haben, hat dabei allerdings die wesentliche Frage unbeantwortet gelassen ¹⁰⁰⁾: Normatives Tatbestandsmerkmal kann "zuständig" sein sowohl, wenn man den Begriff nur als Aufgabenzuweisung auffaßt ¹⁰¹⁾, als auch, wenn man die Berechtigung zur Auskunft hinzurechnet ¹⁰²⁾.

Nachdem sich bislang kein Weg als gangbar erwiesen hat, bleibt lediglich die Möglichkeit, die Argumente der divergierenden Meinungen gegeneinander abzuwägen und durch eigene Überlegungen zu ergänzen. Zunächst werden wir insoweit von der grundlegenden RG-Entscheidung RGSt 72, 30 enttäuscht, weil das RG über eine Behauptung nicht hinauskommt:

"Keine Stütze findet im Gesetze die vereinzelt vertretene Rechtsansicht, daß der Beamte auch das Recht haben müsse, auf seinem Verlangen zu bestehen, wenn sich der Täter weigere, den Namen zu nennen ...

-
- 97) So insbesondere BayObLG, JR 1965, 348 = NJW 1965, 1492; Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl., Rdnr. 29 zu § 360; Mösl in LK, Rdnr. 12 zu § 360; Maurach, Deutsches Strafrecht, BT, 5. Aufl., S. 665 und Nachtrag II zum BT 1971, S. 24; Auch BGHSt 25, 16 mit der Besonderheit, daß § 360 I Nr. 8 StGB a. F. als offener Tatbestand angesehen wird.
- 98) So Dreher in JR 1965, 348; Koffka in JR 1970, 71; Lackner/Maassen, StGB, 6. Aufl., Anm. 7 zu § 360.
- 99) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 168; JZ 1952, 135.
- 100) Vgl. hierzu v. Gerlach, NJW 1974, 175.
- 101) Vgl. BGHSt 25, 13.
- 102) Vgl. BayObLG in JR 1965, 348.

Es muß genügen, daß der Beamte dem Befragten in seiner Eigenschaft als Träger seines hoheitlichen Rechtes (welches?) gegenübersteht und in dieser Eigenschaft nach dem Namen fragt."

Henkel ¹⁰³⁾ leitet aus der Amtspflicht der Strafrechtspflegeorgane, die Identität des Beschuldigten zu prüfen, die Zuständigkeit ab. Die Angabepflicht des Beschuldigten sei demnach - völlig konsequent - dem § 360 I Nr. 8 StGB a. F. zu entnehmen. Sarstedt ¹⁰⁴⁾ meint, die Vorschrift hätte wenig Sinn, wenn man sie nicht auch und in erster Linie auf Beschuldigte anwenden wollte. Behörden, Beamte und "zuständige Soldaten" fragten den ihnen unbekannten Bürger nicht nach seinem Namen, wenn sie ihm nichts vorzuwerfen hätten. Für andere Leute als Beschuldigte komme diese Strafvorschrift praktisch gar nicht in Betracht. Sarstedt übersieht die zahlreichen oben angeführten Bestimmungen, die sicherlich noch vermehrbar sind. Die weiteren Vertreter lassen jegliche Begründung vermissen. Vermag die Ansicht schon nicht durch ihre Gründe zu überzeugen, so führt sie auch noch zu manchmal unmöglichen Ergebnissen. Wir brauchen nur unsere obigen Beispiele herzunehmen: Soll der angehende Beamte, Richter, Referendar, der seinen Personalbogen (vorsätzlich) nicht vollständig ausgefüllt hat, statt seiner Ernennungsurkunde einen Bußgeldbescheid erhalten? Soll der Antragsteller für Wohngeld, der seine Personalien nicht vollständig angibt, weil er glaubt, seine Vorstrafen seien von Nachteil, statt mit Wohngeld mit Bußgeld bedacht werden? Wird der "zuständige" Beamte einem renitenten Fischereischein- oder Führerscheinbewerber mit einem Bußgeldbescheid zur Angabe der Personalien zwingen? Mitnichten. Der jeweils "zuständige" Beamte wird dem Antragsteller anheimgeben,

103) Strafverfahrensrecht, S. 174.

104) In Löwe-Rosenberg, Anm. 12 a zu § 136.

die verlangten Angaben zu machen oder auf die Leistung des Staates zu verzichten. Niemand wird auf den Gedanken kommen, in den genannten Fällen ein Bußgeld zu verhängen, und dies nicht etwa aus Gründen der Opportunität, sondern weil der Tatbestand des § 111 I OWiG mangels Zuständigkeit des Beamten nicht erfüllt ist.

Wer dagegen seine Personalien verweigert und dadurch seinen Verpflichtungen nach dem Personenstandsgesetz nicht nachkommt, wer sich den Feststellungen der Gesundheitsbehörde oder der Polizei bei der Bekämpfung von Krankheiten nach dem Bundesseuchengesetz oder von Geschlechtskrankheiten entziehen will, wer die Zustellung eines Schriftstückes durch Verweigerung der Personalien vereiteln will, der bedarf eines "scharfen Anrufes" oder einer "Pflichtenmahnung" ¹⁰⁵⁾ in Form eines Bußgeldes. Insofern führt die - wohl herrschende - Meinung, die für die Zuständigkeit des Beamten eine Berechtigung auf Auskunft fordert ¹⁰⁶⁾, zu brauchbareren Ergebnissen. Zu dieser Gruppe kann auch BGHSt 25, 13 gerechnet werden, wenn auch der BGH einen besonderen Weg einschlägt. Er trennt zwischen allgemeiner Zuständigkeit und Befugnis im Einzelfall. Die allgemeine Zuständigkeit sei schon dann gegeben, wenn das Erfragen der Personalien zu den Aufgaben des Beamten gehöre. Damit die Tat auch rechtswidrig ist, müsse jedoch die Befugnis des Beamten im Einzelfall hinzukommen ¹⁰⁷⁾. Sie sei dann nicht rechtswidrig, "wenn der Befragte zur Angabe seiner Personalien nicht verpflichtet und damit der zuständige Beamte zum Erforschen der Personalien nicht berechtigt ist. Der Umfang der Verpflichtung

105) Rotberg, OWiG, Einl., S. 47.

106) Vgl. oben S. 111 Fußn. 87

107) Der BGH rechnet also § 360 I Nr. 8 StGB a. F. zu den sogenannten Offenen Tatbeständen.

des Bürgers und die Grenze der Berechtigung des Beamten decken sich." Wichtig für unsere Untersuchung ist die Feststellung, daß auch der BGH für die Strafbarkeit eines Beteiligten nach § 360 I Nr. 8 StGB a. F. eine anderweitig begründete Verpflichtung des Bürgers zur Auskunft verlangt und sie nicht der Strafvorschrift entnimmt.

Umso mehr muß verwundern, wenn der BGH in seiner Entscheidung fortfährt, bezüglich der Befugnis der Polizeibeamten sei das vorlegende Gericht zu Recht davon ausgegangen, daß eine als Beschuldigter im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens in Betracht kommende Person zur Angabe der Personalien verpflichtet ist. Denn die Rechtsgrundlage einer solchen Verpflichtung ist nirgends ersichtlich. Auch der BGH vermag keine anzugeben ¹⁰⁸⁾. Die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage ergibt sich sowohl aus den Begriffen "Verpflichtung, Berechtigung", wie sie im Verhältnis Bürger/Staat verwendet werden, als auch aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Eine Verpflichtung besteht, wenn durch geltenden Rechtssatz oder auf Grund eines geltenden Rechtssatzes einem Rechtssubjekt ein Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen) rechtmäßig geboten wird ¹⁰⁹⁾. Das Gegenstück hierzu, die Berechtigung, hängt davon ab, daß die Verpflichtung, wie sie soeben definiert wurde, zu Gunsten eines bestimmten Subjekts ¹¹⁰⁾ auferlegt wird. Berechtigungen werden eingeräumt durch Redewendungen wie "ist berechtigt, darf, kann, hat Anspruch auf, ist unverletzlich" oder an die Adresse des Verpflichteten: "muß, soll, kann erteilen, darf nicht" u. ä. ¹¹¹⁾. Das Gebot der Gesetzmäßigkeit

108) Ebensowenig finden sie sich in den vom BGH zitierten Entscheidungen BGHSt 21, 334, 364 und OLG Düsseldorf 1970, 1888.

109) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 214.

110) Was hier die Polizei wäre.

111) Vgl. Wolff, aaO, S. 216.

keit der Verwaltung gilt für Eingriffe der Regierungs- oder Verwaltungsbehörden in die Rechts- und Freiheitssphäre der natürlichen oder juristischen Person. Die Begründung abstrakter oder konkreter Verpflichtungen durch Forderung eines Tuns, Duldens oder Unterlassens sowie die Entziehung oder Beschränkung von Rechten bedarf also im gewaltengliedernden Staat unmittelbarer oder mittelbarer formell-gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Ermächtigung, die wegen Art. 19 I GG ein allgemeines Gesetz sein muß, wenn sie, wie in der Regel, Eingriffe in Grundrechte zuläßt ¹¹²⁾. Die dem Verdächtigen oder Beschuldigten etwa auferlegte Verpflichtung, den Strafverfolgungsbehörden ihre Personalien zu nennen, würde in ihr grundgesetzlich geschütztes Schweigerecht ¹¹³⁾ eingreifen. Deshalb wäre eine gesetzliche Ermächtigung vonnöten, an der es, wie gesagt, fehlt.

Verschiedentlich wird auf § 163 StPO hingewiesen ¹¹⁴⁾. Hierzu ist zu sagen, daß § 163 StPO keine Ermächtigung für Eingriffe in die Rechte Dritter enthält ¹¹⁵⁾ und die Vorschrift den Polizeibeamten keine Befugnis auf Auskunft über die Personalien verleiht ¹¹⁶⁾. Das BayObLG stützt bei der Prüfung der Frage, ob § 360 I Nr. 8 StGB a. F. erfüllt ist, in mehreren Entscheidungen ¹¹⁷⁾ das Auskunftsrecht der

¹¹²⁾ Wolff, aaO, S. 143.

¹¹³⁾ Vgl. hierzu 6. Kapitel.

¹¹⁴⁾ Z. B. BayObLG, NJW 1969, 2057;
OLG Düsseldorf, NJW 1970, 1888;
Die Entscheidung des BayObLG fällt gegenüber der Rechtsprechung dieses Gerichts, wie wir noch sehen werden, völlig aus dem Rahmen und hat von Seebode, NJW 1969, 2057, schärfste - und m. E. berechnete - Kritik erfahren.

¹¹⁵⁾ Ganz h. M.; vgl. u. a. BayObLGSt 1959, 38 m. w. Nachw..

¹¹⁶⁾ Vgl. oben S. 94

¹¹⁷⁾ Vgl. BayObLGSt 1957, 221; JR 1965, 348.

Polizei auf Art. 14 I Nr. 1 PAG ¹¹⁸⁾. Diese Konstruktion ist in sich folgerichtig und wäre nicht zu beanstanden, wenn Art. 14 I Nr. 1 PAG insoweit gültiges Recht wäre. Wir werden jedoch sehen, daß Art. 14 I Nr. 1 PAG, soweit er dem Verdächtigen im Rahmen der Strafverfolgung eine Auskunftspflicht über seine Personalien auferlegt, gegen § 6 EGStPO verstößt und ungültig ist ¹¹⁹⁾.

4. Auf der Grundlage des bisher gefundenen Ergebnisses kommen wir hinsichtlich der dogmatischen Einordnung des Merkmals "zuständig" in § 111 OWiG zu einer völlig neuen Feststellung. Das Merkmal entpuppt sich als Blankettbegriff, die Vorschrift als Blankettnorm. Die Feststellung ist weniger überraschend, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Abgrenzung zwischen Blankettgesetz und normativem Tatbestandsmerkmal, als welches der Begriff "zuständig" von der h. M. angesehen wird, schon immer Schwierigkeiten bereitet hat, und wenn man die insoweit ausführlichsten Erörterungen von Warda ¹²⁰⁾ über Begriff, Wesen und Arten der Blankettstrafgesetze nachliest. Jedes Strafgesetz und auch Ordnungswidrigkeitengesetz hat zwei wesentliche Bestandteile, die Straf- oder Bußgelddrohung und den Tatbestand, auf den sich die Straf- oder Bußgelddrohung bezieht. Im Gegensatz zu den meisten Strafgesetzen, die die Festsetzung der Strafe und die Umschreibung des Tatbestandes in derselben Bestimmung enthalten, verweisen die Blankettstrafgesetze hinsichtlich der Beschreibung der ge- oder verbotenen Handlung, also

118) Hieran sieht man ganz deutlich, daß auch das BayObLG von einer außerhalb der Strafvorschrift des § 360 I Nr. 8 StGB a. F. begründeten Auskunftspflicht des Beschuldigten ausgeht; so übrigens auch BayObLG NJW 1969, 2057, dort allerdings mit dem fehlerhaften Hinweis auf §§ 163, 163 a StPO.

119) Siehe S. 146

120) Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, S. 5 ff.

der Merkmale - einzelner oder aller - des Tatbestandes auf Vorschriften, die sich außerhalb des Strafgesetzes an einer anderen Stelle befinden. Blankettstrafgesetze sind also solche Strafgesetze, "die ihre Strafdrohung auf ein ganz oder teilweise durch andere Rechtsquellen tatbestandlich umschriebenes Verhalten beziehen" ¹²¹⁾. Beispiele hierfür bieten die §§ 106 a ¹²²⁾, 106 b, 327, 328 ¹²³⁾, 356 StGB ¹²⁴⁾, § 396 AbgO ¹²⁵⁾. Im Ordnungswidrigkeitenrecht ist das Blankettgesetz ein beliebtes Mittel, um die Verletzung einer Fülle von Ge- und Verboten unter eine einheitliche Strafdrohung zu stellen. Bekanntestes Beispiel dafür ist § 24 StVG. Die Verweisung auf ergänzende Vorschriften kann ausdrücklich ¹²⁶⁾ oder konkludent geschehen ¹²⁷⁾. Auch kann die Blankettnorm selbst einige - selbstverständlich nicht alle - Merkmale der Tatbestandsbeschreibung enthalten. § 111 OWiG gehört demnach in die Kategorie der Blankettgesetze mit verdeckter Normverweisung, die selbst einige Tatbestandsmerkmale enthält. Der Blankettbegriff "zuständig" verweist auf Vorschriften außerhalb des OWiG, die die Zuständigkeit der Behörde, des Beamten oder Soldaten begründen. Die Tatbestandsmerkmale, die den Umfang der Personaliauskunft angeben, sind in § 111 OWiG selbst beschrieben. Bei solchen Blankettgesetzen ist die Abgrenzung von den normativen Tatbestandsmerkmalen besonders schwierig. Denn es leuchtet ohne weiteres ein, daß nicht alle Begriffe, die auf ergänzende Vorschriften hindeuten, Blankettbegriffe, die sie

121) Warda, aaO S. 5.

122) Vgl. Dreher, StGB, Anm. 1 zu § 106 a.

123) Vgl. BGHSt 10, 218.

124) Vgl. BGHSt 3, 402; 5, 287.

125) Vgl. BGHSt 20, 177.

126) Z. B. § 68 PStG.

127) Z. B. § 356 StGB.

enthaltenden Gesetze demnach Blankettgesetze sind. So muß man z. B. bei der Prüfung der Fremdheit einer Sache in § 242 StGB die Vorschriften des BGB heranziehen. Trotzdem ist "fremd" normatives Tatbestandsmerkmal. Für die Qualifizierung eines Gesetzes als Blankettvorschrift sind zwei Kennzeichen von Bedeutung: 1.) Die ausdrückliche oder konkludente Verweisung auf eine andere Rechtsquelle. 2.) Der ergänzenden Rechtsquelle muß die tatbestandliche Umschreibung des unter Strafe gestellten Verhaltens überlassen sein ¹²⁸⁾, d. h. das Ge- oder Verbot muß diese andere Rechtsquelle normieren; es darf sich nicht schon aus dem Blankettgesetz ergeben. "Als blankettausfüllende Vorschriften kommen daher nur solche Rechtsquellen in Betracht, die die Verpflichtung zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen aufstellen. Rechtssätze nur beschreibenden Inhalts sind keine Blankettergänzung" ¹²⁹⁾. Die zur Ausfüllung des Begriffes "fremde Sache" in § 242 StGB heranzuziehenden Vorschriften des BGB haben nur beschreibenden Charakter. Deshalb wird der Begriff zu Recht als normatives Tatbestandsmerkmal angesehen. § 111 OWiG weist dagegen alle Kennzeichen einer Blankettnorm auf. Die Zuständigkeit der Behörde und des Amtsträgers ergibt sich aus Rechtsvorschriften außerhalb des OWiG. Diese Rechtsvorschriften begründen erst die Verpflichtung des Befragten zur Personalienangabe ¹³⁰⁾. Die Aufstellung des Gebotes ist also der Ausfüllungsnorm überlassen. § 111 OWiG stellt nur die Sanktionsnorm dar und enthält lediglich die Tatbestandsmerkmale hinsichtlich des Umfangs der Personalienangabe.

128) Warda, aaO, S. 6.

129) Warda, aaO, S. 6, 7.

130) Wovon die h. M., der wir uns angeschlossen haben, ausgeht.

Schließlich müssen wir noch prüfen, ob nicht die Irrtumsregelung des § 111 II OWiG gegen die Einordnung der Vorschrift als Blankettnorm spricht. Göhler ¹³¹⁾ meint, der Gesetzgeber habe die bisher umstritten gewesene Frage, welche Bedeutung der Zuständigkeit in § 111 OWiG zukommt, i. S. eines Tatbestandsmerkmals entschieden. Richtig ist, daß § 111 II OWiG unverständlich wäre, wenn man den Begriff als Rechtswidrigkeitsmerkmal oder objektive Bedingung der Strafbarkeit auslegen würde. Für die Qualifizierung als Blankettbegriff oder normatives Tatbestandsmerkmal gibt die Vorschrift jedoch nichts her. Sie behält in beiden Fällen ihren Sinn. Faßt man die Zuständigkeit als Tatbestandsmerkmal auf, hat der Gesetzgeber mit § 111 II OWiG die bei einem Irrtum des Befragten über die Zuständigkeit des Beamten sich ergebende Unverfolgbarkeit verhindert. Sieht man in der Zuständigkeit einen Blankettbegriff, kann § 111 OWiG in einem doppelten Sinn gedeutet werden, je nachdem, wie man den Irrtum bei Blankettgesetzen behandelt. Warda ¹³²⁾ und Welzel ¹³³⁾ rechnen zum Tatbestand nur den Inhalt der Ausfüllungsnorm, nicht jedoch ihre Existenz. Nach ihrer Meinung käme § 111 II OWiG zur Anwendung, wenn der Täter über die in den Ausfüllungsnormen beschriebenen Tatumstände irrt. Ist man dagegen der Meinung, daß der Täter auch die Existenz der Ausfüllungsnorm kennen muß ¹³⁴⁾, wäre außerdem noch der Irrtum hierüber nach § 111 II OWiG zu behandeln. Die Irrtumsproblematik kann im Rahmen dieser Arbeit nicht ausgeschöpft werden. Nur soviel sei festgestellt, daß § 111 II OWiG der hier vertretenen Auffassung über die Bedeutung des Begriffs "zuständig" nicht entgegensteht.

131) OWiG, Anm. 1 und 3 B zu § 111.

132) aaO, S. 37.

133) MDR 1952, 586.

134) So Lange, JZ 1956, 75 f;
Schröder, MDR 1951, 389.

5. Kapitel:

Die Regelung der Befragung des Verdächtigen in den Polizeigesetzen der Länder.

Nachdem die Überprüfung der bundesrechtlichen Normen ergebnislos i. S. einer Auskunftspflicht verlaufen ist, wenden wir uns nun den Polizeigesetzen der Bundesländer zu. Enthalten sie Auskunftspflichten für den Verdächtigen? Die Frage wird bei einigen Polizeigesetzen zu bejahen sein. Mit dieser Feststellung können wir uns jedoch nicht zufriedeneben. Denn da die Berührung derartiger Befugnisse der Polizei mit der Strafprozeßordnung nicht von der Hand zu weisen ist, bedürfen die dadurch aufgeworfenen Fragen einer weiteren Klärung. Und schließlich können die polizeirechtlichen Auskunftspflichten mit einem in Betracht zu ziehenden Schweigerecht des Verdächtigen kollidieren, was ebenfalls untersucht werden muß.

I. Analyse der einschlägigen polizeirechtlichen Vorschriften

An der Spitze jeder Prüfung einer polizeilichen Maßnahme steht die Frage, welche polizeiliche Aufgabe erfüllt werden soll. Denn die Aufgabe umschreibt den Tätigkeitsbereich der Polizei, den "Raum, in dem sich die Polizei bewegen darf" ¹⁾. Durch sie wird der Kreis gezogen, innerhalb dessen die Polizei nur handeln und von den ihr in den Gesetzen eingeräumten Befugnissen Gebrauch machen darf ²⁾. Wir haben oben ³⁾ bereits festgestellt, daß die Befragung des Verdächtigen und die Feststellung seiner Personalien eine Aufgabe nach § 163 StPO darstellt, also

1) Amtl. Begründung zum bayPAG.

2) König, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, Art. 2 PAG, Vorbem., S. 272.

3) S. 90 zu § 163 StPO.

zum Bereich der Strafverfolgung gehört ⁴⁾. Das steht außer Zweifel. Daher erübrigt es sich, an dieser Stelle Kriterien **aufzuzeigen**, nach denen die Aufgabenscheidung durchzuführen ist ⁵⁾. Eine präventivpolizeiliche Tätigkeit, der Bereich der Gefahrenabwehr ist nicht angesprochen.

Unter dem Gesichtspunkt, für welche polizeiliche Aufgabe die Landesgesetze eine Befragung des Verdächtigen zulassen, kann man vier Gruppen bilden:

- a) Polizeigesetze, die eine solche Maßnahme auf den Bereich der Gefahrenabwehr beschränken,
- b) Länder, in denen insoweit die preußische Generalklausel gilt,
- c) Polizeigesetze, die eine Personenfeststellung zur Erfüllung einer polizeilichen Aufgabe zulassen,
- d) Länder, die die Personalienfeststellung ausdrücklich auf den Bereich der Strafverfolgung erstrecken.

In dieser Reihenfolge werden wir bei der nachfolgenden Prüfung vorgehen. Eine erste Durchsicht läßt bereits eine wesentliche Einschränkung der hier in Rede stehenden Auskunftspflichten erkennen. Alle Gesetze beschränken sich auf die Feststellung der Personalien. Weitergehende Befragungsrechte, etwa ein Vernehmungsrecht zur Sache, wird der Polizei nicht eingeräumt. Samper ⁶⁾ weist ausdrücklich darauf hin, daß die Feststellungen im Rahmen des Art. 14 bayPAG keinesfalls gegen den Willen des Angehaltenen zu einer Vernehmung an Ort und Stelle ausgedehnt

4) vgl. Samper, bayPAG, Rdnr. 15 zu Art. 14; König, aaO, Anm. II 1 zu Art. 14, S. 348; BayObLGSt 1959, 38 = BayVBl 1959, 162 hinsichtlich Art. 14 I Nr. 1 bayPAG.

5) vgl. hierzu Kaufmann Erich, Der polizeiliche Eingriff, S. 179 ff.

6) PAG, Rdnr. 14 zu Art. 14.

werden dürfen. Allerdings herrscht Streit, ob mit dem in manchen Polizeigesetzen vorgesehenen Vorladungsrecht ein Vernehmungsrecht gekoppelt ist. Die Erwägungen, die in dieser Richtung angestellt wurden ⁷⁾, dürften verfehlt sein ^{7a)}.

1. Mit der Feststellung, daß die Befragung des Verdächtigen nach seinen Personalien eine Aufgabe der Strafverfolgung darstellt, können wir bereits die erste Gruppe der Länderpolizeigesetze für die weitere Untersuchung ausklammern. Sie eröffnen den Befugnis-katalog der Personalienfeststellung nur für den Aufgabenbereich der Gefahrenabwehr. So ausdrücklich das Hamburgische Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (HbgSOG) vom 14. März 1966 ⁸⁾, dessen § 12 lautet:

"Feststellung der Personalien

(1) Die Verwaltungsbehörden sind berechtigt, eine Person anzuhalten und ihre Personalien festzustellen, wenn es zur Gefahrenabwehr erforderlich ist.

(2) Die angehaltene Person darf zur Dienststelle gebracht werden, wenn ihre Personalien auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden können oder wenn der Verdacht besteht, daß ihre Angaben unrichtig sind.

(3) Der angehaltenen Person dürfen nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die zur Feststellung der Personalien erforderlich sind."

7) vgl. Emmerig BayVB1 1957, 347.

7a) vgl. BayObLG BayVB1 1957, 35;
Hennes, Die Polizei 1962, 15 ff;
Kopperschmidt, DÖV 1953, 76;
Hellingrath, DÖV 1953, 178.

8) GVBl S. 77;
zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Dezember 1971
(GVBl. S. 258).

Im Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (NdsSOG) vom 21. März 1951 ⁹⁾ fehlt eine ausdrückliche Befugnisnorm zur Personalienfeststellung. Es gilt insoweit die Generalklausel der §§ 1 I, 2 II NdsSOG. Die Generalklausel sieht für die Polizeibehörden die nach pflichtmäßigem Ermessen zu treffenden notwendigen Maßnahmen nur vor, "um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird (Gefahrenabwehr)". Nach h.L. ¹⁰⁾ findet daher die Tätigkeit der Kriminalpolizei bei der Aufklärung und Verfolgung strafbarer Handlungen - worauf auch § 29 II NdsSOG ausdrücklich hinweist - ihre Rechtsgrundlage nicht im NdsSOG, das lediglich die Gefahrenabwehr zum Gegenstand hat, sondern im Bundesrecht.

Auch Schleswig-Holstein läßt in seinem Allgemeinen Verwaltungsgesetz (LVwG) vom 18. April 1967 ¹¹⁾ die Feststellung der Identität einer Person nur zu, wenn es zur Gefahrenabwehr notwendig ist ¹²⁾. Das gleiche gilt nach § 177 LVwG für die Vorladung.

9) GVBl S. 79.

10) Müller- Heidelberg/Clauss, Kommentar zum NdsSOG, Erl. 3 b zu § 29.

11) GVBl S. 131; zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Februar 1971.

12) "§ 176 Personenfeststellung:

(1) Die Identität einer Person kann festgestellt werden, wenn es zur Gefahrenabwehr notwendig ist.

(2) Der Betroffene kann zur Dienststelle verbracht werden, wenn seine Identität auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann."

2. Zur zweiten Gruppe gehören die Länder, die keine ausdrückliche Regelung der Personalienfeststellung getroffen haben, in denen insoweit vielmehr die preußische Generalklausel des § 14 PVG gilt. Es sind dies Berlin und das Saarland ¹³⁾. Im Schrifttum ist man geteilter Meinung, ob auf Grund der Generalklausel ein Auskunftsrecht der Polizei besteht. ¹⁴⁾ Hierzu werden verschiedene Argumente ins Feld geführt. Hennes ¹⁵⁾ meint, § 17 PrPVG, der das Vorladungsrecht der Polizei beinhaltet, gehe dem § 14 PrPVG als lex specialis vor. Da aber bei Vorladungen unbestrittenmaßen ein Aussagezwang nicht besteht, entfalle somit auch ein Auskunftsrecht. Ähnlich argumentiert Kopperschmidt ¹⁶⁾: Da die Auskunft selbst, deren Durchführung die Vorladung diene, nicht **zwangsweise** durchgesetzt werden darf, und es leges imperfectae im öffentlichen Recht grundsätzlich nicht gebe, könne die Polizei nur um freiwillige Auskünfte bitten. Demgegenüber weist Wacke ¹⁷⁾ darauf hin, daß die Vorladung ein Rechtsinstitut eigener und besonderer Art sei, ein aliud, heterogen zu der Frage

13) Berlin: Polizeiverwaltungsgesetz i.d.F. vom 2. Oktober 1958 - GVBl S. 961 - :

"§ 14 PVG: (1) Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder den einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

(2) Daneben haben die Polizeibehörden diejenigen Aufgaben zu erfüllen, die ihnen durch Gesetz besonders übertragen sind."

Im Saarland gilt noch § 14 PrPVG vom 6. Juni 1931.

14) verneinend: Hennes, Die Polizei 1962, 18; Hust, NJW 1969, 23; Kaufmann Erich, Der polizeiliche Eingriff, S. 85; Kopperschmidt, DÖV 1953, 76; bejahend: Wacke, Die Polizei 1962, 161; derselbe in Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 102; Ule/Rasch, Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, Art. 15, 17, Rdnr. 57; Wolff, VerwR III, 3. Aufl., S. 83.

15) aaO.

16) aaO.

17) Die Polizei 1962, S. 210.

der Auskunftserteilung und Auskunftspflicht. Letztere sei immer und ausschließlich aus § 14 PrPVG zu beantworten. Da die Vorschrift nicht nur die Aufgaben, sondern auch Befugnisse der Polizei beinhalte, könne sich eine "Auskunftspflicht gegenüber der Polizei sehr wohl aus § 14 I PrPVG ergeben" ¹⁸⁾.

Man wird wohl Wacke zustimmen müssen. Allerdings wären die Grenzen einer solchen Auskunftspflicht noch genauer zu umreißen. Denn es dürfte kein Zweifel bestehen, daß § 14 PrPVG insoweit der Polizei allzu großen Spielraum läßt. Letztlich können wir jedoch das Problem der Auskunftspflicht nach der Preußischen Generalklausel offen lassen. Denn auch Wacke sieht sie nur für den Bereich der Gefahrenabwehr als bestehend an ¹⁹⁾. "Bei der nachträglichen Verfolgung strafbarer Handlungen tritt die Polizei dagegen nicht kraft dieser ihrer allgemeinen Polizeivollmacht, sondern lediglich auf Grund der Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Reichsstrafprozeßordnung und anderer Bundes- bzw. Reichsgesetze in Tätigkeit, die ihre Mitwirkung bei der Strafverfolgung erschöpfend regeln" ²⁰⁾. Dagegen wollen Ule/Rasch ²¹⁾ und Wolff ²²⁾ die Generalklausel auch zur Personenfeststellung bei der Aufklärung strafbarer Handlungen mit heranziehen. Sie befinden sich damit jedoch im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut. Denn § 14 I PrPVG enthält Befugnisse nur für den Bereich der Gefahrenabwehr, und § 14 II PrPVG, der zwar von der Erfüllung der anderweitigen Polizeiaufgaben spricht, sieht keine Befugnisse vor.

18) aaO S. 163.

19) ebenso H.-W.Schmidt, NJW 1962, 2192.

20) Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7.Aufl., S. 112.

21) Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, §§ 15-17, Rdnr. 81.

22) Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. S. 83.

3. Auch bei der nächsten Gruppe ist nicht immer klar, ob die dort ausdrücklich geregelte Personalienfeststellung ebenfalls für die Strafverfolgungstätigkeit gilt. Dies muß für das Polizeigesetz von Nordrhein-Westfalen ²³⁾ sehr bezweifelt werden. Nach § 23 I PolG kann eine Person zur Feststellung ihrer Personalien angehalten werden, wenn dies zur Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich ist. Zwar nennt § 15 II PolG auch die Zuständigkeit der Polizei für die Strafverfolgung, doch man vermißt eine generelle Befugniszuweisung für diesen Aufgabenbereich, wie dies z.B. Bremen und Rheinland-Pfalz tun. Ähnliches gilt für Baden-Württemberg. Hier sieht § 20 I PolG ²⁴⁾ ebenfalls die Identitätsfeststellung zur Erfüllung einer polizeilichen Aufgabe vor, ohne daß Klarheit geschaffen ist, ob dies auch für die "anderen Aufgaben" des § 1 II PolG gilt. Man muß allerdings davon ausgehen, daß der Gesetzgeber die Personalienfeststellung auch zum Zwecke der Strafverfolgung vorsehen wollte. Reiff ²⁵⁾ sieht hierin sogar den hauptsächlichen Zweck der Vorschrift und führt als Beispiel die Kontrolle von verdächtig aussehenden Personen und Landstreichern an.

Dagegen spricht das Bremische Polizeigesetz ²⁶⁾
eine deutlichere Sprache:

§ 9 PG: "(1) Die Polizei ist berechtigt, die Identität einer Person festzustellen, wenn dies zur Erfüllung einer polizeilichen Aufgabe erforderlich erscheint."

§ 1 PG: "(2) Ferner hat die Polizei diejenigen Aufgaben zu erfüllen, die ihr durch andere Rechtsvorschriften besonders übertragen sind. Für die Durchführung solcher Aufgaben gelten die Vorschriften dieses Gesetzes, soweit besondere Rechtsvorschriften nichts anderes vorsehen."

23) PolG vom 28. Oktober 1969 (GVBl S. 740).

24) vom 16. Januar 1968 (GBl S. 61).

25) Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Erl.I 1, II 2 zu § 20.

26) vom 5. Juli 1960 (GBl. S.73), geändert durch Gesetz vom 8. September 1970 (GBl S. 94).

Ähnlich lauten § 3 I und § 1.II des Polizeiverwaltungsgesetzes von Rheinland-Pfalz ²⁷⁾. Daß nach den genannten Vorschriften die Ermächtigung der Identitätsfeststellung einer Person auch für die Strafverfolgung gelten soll, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Interessant ist, daß Rheinland-Pfalz die Anhaltung der Person, deren Name festgestellt werden soll, in § 4 I PVG noch gesondert regelt.

4. Zur vierten Gruppe gehört allein Bayern, das hier - wie nicht selten - eine besondere Regelung hat. Das Bayerische Polizeiaufgabengesetz ²⁸⁾ besagt in Art. 14 I Nr. 1 ausdrücklich, daß eine Personalienfeststellung "zur Ermittlung oder Aufklärung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit" vorgenommen werden darf. Hier wird also die Kollision mit dem Strafverfahrensrecht nicht hinter einer Paragraphenkette versteckt, sondern offen ausgesprochen. Die Erläuterungswerke ²⁹⁾ führen hierzu aus, daß die Vorschrift die StPO und das OWiG ergänzen soll. Art. 14 I Nr. 1 diene, im Gegensatz zu den sonstigen Befugnissen des PAG, nicht der Präventiv- oder Repressivpolizei, sondern der Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenverfolgung, also der Erfüllung nicht einer Aufgabe nach Art. 2, sondern der Erfüllung einer durch § 163 I StPO und § 53 OWiG zugewiesenen Aufgabe. Fragen zu der im Zusammenhang mit § 6 EGStPO auftretenden Problematik werden mit leichter Hand vom Tisch gefegt.

27) vom 29. Juni 1973 (GVBl S. 180).

28) Bekanntmachung der Neufassung des PAG vom 24. Oktober 1974 (GVBl S. 739).

29) Samper, bayPAG, Rdnr.15 zu Art. 14; König, Allg. Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, Anm. II 1 zu Art. 14, S. 348.

Noch eine Besonderheit weist Art. 14 I Nr. 1 PAG auf: Die Vorschrift spricht nicht wie die meisten anderen Polizeigesetze von einer "Berechtigung" der Polizei zur Personalienfeststellung, sondern gibt der Polizei lediglich das Recht, eine Person zur Feststellung ihrer Personalien anzuhalten. Damit scheint, wie auch ein Vergleich mit dem PVG von Rheinland-Pfalz ergibt, nur eine Vorstufenhandlung, nämlich der Eingriff in die Bewegungsfreiheit, nicht aber das eigentliche Recht auf Auskunftserteilung, um das es hier vor allem geht, angesprochen zu sein. Dieser erste Eindruck findet in der Kommentierung zu Art. 14 I Nr. 1 PAG eine weitere Stütze. Samper ³⁰⁾ definiert den Begriff der Anhaltung als Unterbrechung der bisherigen Fortbewegung einer Person, die, wenn sich die Person nicht bewegt, auch in einem Gebot, sich nicht zu entfernen, bestehen kann. Emmerig ³¹⁾ spricht von Unterbrechung der Bewegungsrichtung. Auch nach König ³²⁾ besteht die Anhaltung in einer vorübergehenden Unterbrechung der körperlichen Bewegungsfreiheit einer Person an Ort und Stelle, also in einem Aufhalten, Festhalten und Verhindern der Fortbewegung. Art. 14 I Nr. 1 PAG stellt demnach nur einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 2 II Satz 2 GG) ³³⁾ und eine Erweiterung der Befugnisse der Polizei nach § 127 StPO dar.

30) bayPAG, Rdnr. 1 zu Art. 14.

31) Kommentar zum PAG, Nr. 2 zu Art. 14.

32) Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, Anm. I 1 zu Art. 14, S. 347.

33) Vgl. Samper, bayPAG, Rdnr. 2 zu Art. 14; Berner, Kommentar zum PAG, Anm. 1 zu Art. 14 PAG, BayObLGSt n.F. 1957, 222.

Das BayObLG ³⁴⁾ leitet jedoch auch aus Art. 14 I Nr. 1 PAG das Recht des Polizeibeamten, von der angehaltenen Person die Angabe der Personalien zu verlangen, ab. Eine Begründung für diese nicht unbedeutende Erweiterung der Vorschrift liefert das BayObLG nicht. Man muß vermuten, daß die verschiedene Zielrichtung der polizeilichen Befugnisse "Anhaltung" und "Auskunftsverlangen" in Bezug auf Fortbewegungsfreiheit und Aussagefreiheit des Bürgers vom BayObLG und von den einschlägigen Bayerischen Polizeirechtskommentaren vollkommen übersehen wurde. Unter dem Oberbegriff "Personalienfeststellung" wurden diese verschiedenen Rechtseingriffe zusammengefaßt. Die Unzulässigkeit einer derartigen Globalbefugnis, die verschiedene Grundrechte des Bürgers tangiert, haben wir bereits oben im Rahmen des § 127 StPO herausgearbeitet und ausführlich begründet. Man wird deshalb dem Art. 14 I Nr. 1 PAG - wie es auch dem Gesetzeswortlaut entspricht - entgegen der h.M. kein Recht auf Auskunft entnehmen können. Letztlich kann jedoch die Frage dahinstehen. Denn die Polizeigesetze sind, soweit sie dem Verdächtigen eine Pflicht zur Angabe seiner Personalien auferlegen, um ihn strafrechtlich verfolgen zu können, ungültig.

II. Die Kollision der polizeirechtlichen Vorschriften über die Personalienfeststellung des Verdächtigen mit Art. 6 I Satz 1 EGStPO.

Zur Prüfung der Gültigkeit der vorgenannten einschlägigen polizeirechtlichen Vorschriften, ist es notwendig, den Vorgang "Personalienfeststellung des Verdächtigen durch die Polizei" zu analysieren. Denn eine

34) BayObLGst 1957, 221; BayVBl 1964, 232;
JR 1965, 349.

diesbezügliche Aussage kann erst getroffen werden, wenn die Maßnahme unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Aspekten untersucht und ihr Standort im Gesamtrechtssystem bestimmt ist. Dabei interessiert sowohl ihre materiellrechtliche als auch - und dies ganz besonders - ihre prozessuale Wirkung.

Die materiellrechtlichen Auswirkungen der Personalienfeststellung sind unschwer zu finden. Der Verdächtige wird zunächst von der Polizei angehalten, d.h. seine bisherige Fortbewegung wird unterbrochen und/oder seine Entfernung unterbunden ³⁵⁾, was einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit darstellt ³⁶⁾. Verfassungsrechtliche Bedenken tauchen insoweit nicht auf. Denn Art. 2 II Satz 2 GG ist durch einfaches Gesetz einschränkbar (Art. 2 II Satz 3 GG), ein besonderer Grund, der dem entgegenstünde, nicht ersichtlich. Anschließend fordert nun die Polizei den Verdächtigen auf, seine Personalien zu nennen. § 23 I PolG von Nordrhein-Westfalen, § 20 I PolG von Baden-Württemberg, § 9 Bremisches PG, § 3 I und § 1 II PVG von Rheinland-Pfalz und - nach der Rspr. des BayObLG ³⁷⁾ - auch Art. 14 I Nr. 1 PAG von Bayern verpflichten den Verdächtigen, der Aufforderung nachzukommen und seine Personalien zu nennen. Damit ist zumindest Art. 2 I GG berührt. Man würde jedoch den Vorgang bagatellisieren, wollte man in der Personalangabeverpflichtung allein eine Einschränkung der allgemeinen

35) vgl. Samper, PAG, Rdnr. 1 zu Art. 14; König, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, Anm. I 1 zu Art. 14, S. 347.

36) Samper, PAG, Rdnr. 2 zu Art. 14; BayObLGSt 1957, 222.

37) BayObLGSt 1957, 221; BayVBl 1964, 232; JR 1965, 349.

Handlungsfreiheit sehen. Denn die Personalienfeststellung geschieht doch zu dem Zweck, einen Straftäter zu ermitteln, als welchen man den Verdächtigen ansieht, um ihn der Bestrafung zuzuführen. Man benötigt nicht viel Phantasie, um hier eine Parallele zum Schweigerecht des Beschuldigten zu sehen. Daher taucht die Frage auf: Hat der Verdächtige ein Schweigerecht und können die obengenannten Polizeigesetze das Schweigerecht wirksam einschränken? Die Beantwortung der Frage würde den Rahmen dieses Kapitels sprengen. Wir wollen deswegen die angesprochene Problematik einem besonderen - dem folgenden - Kapitel vorbehalten.

In diesem Abschnitt wollen wir uns in erster Linie der prozeßrechtlichen Bedeutung der Personalienfeststellung des Verdächtigen zuwenden. Wiederholt haben wir darauf hingewiesen, daß sie eine Aufgabe nach § 163 StPO darstellt. Die erwähnten Polizeigesetze teilen also der Polizei Befugnisse zu, die in der aufgabenzuweisenden StPO nicht vorgesehen sind. Das oft behandelte grundsätzliche Problem, ob die Polizeigesetze die Befugnisse der StPO erweitern können ³⁸⁾, soll zunächst noch zurückgestellt werden. Denn der Begriff "Befugnisse" führt uns wieder auf die Ebene des materiellen Rechts. Die Befugnis regelt bekanntlich die Frage, inwieweit der Staat in materielle Rechtspositionen des Bürgers eingreifen darf. Das interessiert hier nicht. Entscheidend ist, ob die genannten polizeirechtlichen Vorschriften in Wahrheit "prozeßrechtliche Vorschriften" sind, denn als solche würden sie gegen § 6 EGStPO, i.V.m. Art. 31, 72, 74 GG verstoßen.

38) vgl. hierzu Schäfer in Löwe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 6 EGStPO;
Peters, Strafprozeß, S. 83;
Koschwitz, Die kurzfristige Freiheitsentziehung, S. 88 ff;
BGH NJW 1962, 1020;
RGSt 65, 392; 67, 351.

Die Stellung im Gesetz ist für die Entscheidung dieser Frage kein sicherer Anhaltspunkt ³⁹⁾. Prozeßrechtlichen Charakter haben z.B. die Bestimmungen über den Strafantrag (§§ 77 ff StGB) ⁴⁰⁾ oder § 407 II BGB ⁴¹⁾, obwohl sie sich in materiellrechtlichen Gesetzen befinden. Die Unterscheidung zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht ist vielmehr nach dem Inhalt und Gegenstand des Rechtssatzes zu treffen ⁴²⁾. Zur Beantwortung der Frage, welchen Gegenstand die Polizeigesetze hier regeln, wird von Bedeutung sein, wie der Vorgang "Personalienfeststellung des Verdächtigen durch die Polizei" prozeßrechtlich einzuordnen ist.

Die Maßnahme könnte eine Prozeßhandlung darstellen. Eine solche Feststellung würde für die Untersuchung von großem Nutzen sein. Denn Maßnahmen, deren Prozeßhandlungscharakter unstreitig feststeht, sind nach Voraussetzungen und Wirkungen vom Prozeßrecht geregelt ⁴³⁾, so daß mit der Feststellung, die Maßnahme sei eine Prozeßhandlung, zugleich der Prozeßrechtscharakter der sie regelnden Polizeivorschriften feststünde. Da der Begriff der Prozeßhandlung rechtstheoretisch und losgelöst von den sich auf sie beziehenden Gesetzesvorschriften definiert werden kann, ist der vorgeschlagene Prüfungsgang geeignet, den wahren Charakter der polizeirechtlichen Bestimmungen offenzulegen.

39) Eb. Schmidt, Lehrk. Teil I, Erl. 34;
Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, S. 4;
Henckel Wolfram, Prozeßrecht und materielles
Recht, S. 1.

40) Dreher, StGB, Vor § 77, Anm. 2;
Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl., S. 124; BGHSt 6, 155.

41) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, S. 4.

42) Rosenberg-Schwab, aaO.

43) Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung S. 63 ;
Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, S. 85.

Der Prozeßhandlungsbegriff hat in der Literatur zu zahlreichen Erörterungen Anlaß gegeben ⁴⁴⁾. Dementsprechend breit gefächert sind auch die verschiedenen Meinungen hierüber. Die wohl h.M. ⁴⁵⁾ definiert als Prozeßhandlungen die prozeßgestaltenden Betätigungen (Verhaltensweisen), die in Voraussetzung und Wirkung dem Prozeßrecht unterstehen. Wir geraten jedoch in einem Circulus vitiosus ⁴⁶⁾, wenn wir einerseits als Prozeßhandlungen diejenigen Handlungen bezeichnen, die allein nach Prozeßrecht beurteilt werden, andererseits aus dem Prozeßhandlungsbegriff auf die Prozeßrechtsqualität der sie regelnden Vorschriften schließen. Auch Begriffsbestimmungen anderer Autoren ⁴⁷⁾ sind für unsere Zwecke wenig hilfreich. Am förderlichsten erscheint es, auf möglichst breiter Basis diejenigen Kriterien herauszustellen, die eine Prozeßhandlung auszeichnen und dann zu prüfen, ob die Personalienfeststellung des Verdächtigen die aufgezeigten Kriterien erfüllt.

Nach h.M. können Prozeßhandlungen nur Verfahrensbeteiligte vornehmen ⁴⁸⁾. Wenn die Polizei in Erfüllung ihrer Aufgabe nach § 163 StPO Ermittlungen anstellt, tritt sie als Prozeßbeteiligte in Erscheinung ⁴⁹⁾.

44) vgl. z.B. Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957; Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlung, 1950; Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, 1908.

45) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, S. 320.
Eb. Schmidt, Lehrk., Teil I, Erl. 203;
auch Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 85.

46) vgl. zu diesem Einwand gegen die h.L.: Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 63;
Pohle MDR 1951, 702.

47) vgl. Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 100;
Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 117;
Peters, Strafprozeß, S. 211;
Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. S. 69.

48) vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. S. 69;
Eb. Schmidt, Lehrk., Teil I, Erl. 202 und Anm. 358;
für Einbeziehung auch dritter Personen: Kleinknecht, StPO, Einl. 4A;
Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 236.

49) Schäfer, in Löwe-Rosenberg, Einl. S. 67.

Der Maßnahme müßte - und dies stellt das wichtigste Kriterium einer Prozeßhandlung dar - eine prozeßgestaltende Wirkung zukommen ⁵⁰⁾. Die Formulierungen, was hierunter zu verstehen sei, sind mannigfaltig. Sachlich besteht Einigkeit darüber, daß hierzu jedenfalls die Einleitung, Durchführung und Beendigung des Rechtsstreits gehören ⁵¹⁾. Darüber hinaus versteht Eb. Schmidt ⁵²⁾ im Anschluß an Goldschmidt ⁵³⁾ unter der Gestaltung der "prozessualen Lage" die Begründung, Veränderung oder Vernichtung prozessualer Aussichten, Möglichkeiten, Lasten oder Befreiungen von Lasten. Daß die Personalienfeststellung des Verdächtigen und zukünftigen Beschuldigten die prozessuale Lage verändert, bedarf keiner weiteren Erörterung. Denn dadurch wird die prozessuale Möglichkeit geschaffen, Anklageschrift und Urteil zu fertigen, was ohne Kenntnis der Personalien des Beschuldigten unmöglich ist. Auch dann, wenn sich nach Feststellung der Personalien des Verdächtigen herausstellt, daß er als Beschuldigter nicht in Betracht kommt, tritt eine Veränderung der prozessualen Lage insofern ein, als die prozessuale Möglichkeit, daß sich der Prozeß gegen ihn richten kann, vernichtet wird. In jedem Fall ist die prozessuale Situation vor und nach der Personalienfeststellung eine andere.

50) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl., S. 69;
Eb. Schmidt, Lehrk., Teil I, Erl. 203;
Kleinknecht, StPO, Einl. 4 A;
Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, S. 83.

51) Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 51;
Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, S. 320.

52) Lehrk., Teil I, Erl. 203.

53) Der Prozeß als Rechtslage, S. 363 f.

Das allein genügt jedoch noch nicht. Nur die weitestgehende Meinung ⁵⁴⁾ schließt in den Begriff der Prozeßhandlung jedes prozeßbedeutsame Verhalten ein. Das Überwiegende Schrifttum scheidet die unwesentlichen Tatakte aus ⁵⁵⁾ und versteht darunter nur solche Handlungen, deren typische oder charakteristische Wirkung auf prozessuaalem Gebiet liegt ⁵⁶⁾ und die nach ihrem typischen Zweck gestaltend auf das Verfahren einwirken ⁵⁷⁾. Baumgärtel ⁵⁸⁾ sieht das Typische darin, daß die Handlung eine zweifache Wirkung ausübt: eine nähere, indem sie eine innerprozessuale Situation herbeiführt, die für den Fortgang des Verfahrens von Bedeutung ist, und eine entferntere, indem sie auf die Entscheidung einwirkt. Der hier in Rede stehenden Maßnahme der Polizei kommt diese zweifache Wirkung zu. Die Personalienfeststellung ist für den Fortgang des Verfahrens von - sogar maßgeblicher - Bedeutung. Sie wirkt weiter auf die Entscheidung insofern ein, als dadurch ein Urteil gegen den Verdächtigen ermöglicht wird. Führt die Personalienfeststellung zum Ergebnis, daß die bestehenden Verdachtsmomente beseitigt werden, dann wirkt sie zwar nicht auf das Urteil ein; die ihr zukommende entferntere innerprozessuale Wirkung kommt in diesem Fall in dem negativen Moment der Abwendung des Urteils (hinichtlich dieser Person) zum Ausdruck ⁵⁹⁾. Lent-Jauernig ⁶⁰⁾

54) Beling, Deutsches Reichsstraßprozeßrecht, S. 162 ff.

55) vgl. Peters, Strafprozeß, S. 212;
Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl., S. 70.

56) Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung,
S. 80 ff;
Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, S. 84.

57) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 32.

58) aaO S. 82.

59) Baumgärtel, aaO, S. 84.

60) Zivilprozeßrecht, S. 84 f.

nimmt die Abgrenzung nach dem Gesichtspunkt vor, ob die Wirkung der Handlung notwendig und primär auf prozessualen Gebiet liegt, also nicht hinweggedacht werden kann. Die Personalienfeststellung des Verdächtigen, künftigen Beschuldigten und Angeklagten ist eine nicht hinwegzudenkende Maßnahme im Strafprozeß. Es gibt keine Anklageschrift und kein Urteil gegen Unbekannt. In Übereinstimmung mit den von der h.M. für den Prozeßhandlungsbegriff aufgestellten Kriterien kommen wir damit zu dem Ergebnis, daß die Personalienfeststellung des Verdächtigen durch die Polizei eine Prozeßhandlung darstellt. Zweifelhaft könnte dies allenfalls nach dem von Kern-Roxin⁶¹⁾ verwandten, eingeschränkten Begriff sein. Dieser wird aber überwiegend⁶²⁾ als zu eng abgelehnt.

Wenn wir nun die Personalienfeststellung in die bekannte Einteilung der Prozeßhandlungen in Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen⁶³⁾ einreihen, so gehört sie zu den Erwirkungshandlungen. Genaugenommen zerfällt die Personalienfeststellung der hier behandelten Art in zwei Akte, den Frageakt der Polizei und die Antwort des Verdächtigen. Die Tätigkeit der Polizei besteht also hauptsächlich in einer Befragung, die einen anderen Prozeßbeteiligten - als solcher ist der Verdächtige anzusehen - zu einer prozeßrechtlich bedeutsamen Antwort motivieren soll. Derartige Befragungen führt Eb.Schmidt⁶⁴⁾ als gesonderte Zwischengruppe der

61) Strafverfahrensrecht, S. 100.

62) vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl., S. 70; Peters, Strafprozeß, S. 212.

63) die Begriffsbezeichnungen stammen von Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 364 ff, dem sich Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 236 f, Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einl. S. 70 f, Eb. Schmidt, Lehrk., Teil I, Erl. 213, ebenso die Zivilprozessualisten angeschlossen haben.

64) Lehrk., Teil I, Erl. 219.

Prozeßhandlungen auf, der allerdings nur die Bedeutung einer Unterart der Erwirkungshandlungen zukommt ⁶⁵⁾.

Die materiellrechtliche Bedeutung der Personalienfeststellung haben wir zu Eingang dieses Abschnittes kurz erwähnt. Die hier besprochene Prozeßhandlung entfaltet also nicht nur prozeßrechtliche, sondern auch materiellrechtliche Wirkungen. Dieses Phänomen ist unter dem Begriff "Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen" im Schrifttum hinlänglich bekannt ⁶⁶⁾, mit denen wir uns noch etwas näher befassen müssen. Ihre Eigenart besteht darin, daß ihre Funktion sich nicht im "prozessualen Raum", d.h. in der Gestaltung des Verfahrens, erschöpft, sondern daß sie zugleich außerhalb des Verfahrens in den "materiellen Raum" hineinreichen, indem die Vornahme solcher Prozeßhandlungen in den Bestand materieller Rechte des Betroffenen eingreift, vielfach sogar einen Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen darstellt ⁶⁷⁾. Nicht jede Prozeßhandlung, die materiellrechtliche Folgen nach sich zieht, ist deswegen schon "doppelfunktionell". Das Wesen der Doppelfunktionalität liegt darin, "daß einer Prozeßhandlung ihrer Natur und Zweckbestimmung nach zur Erfüllung ihrer prozessualen Aufgabe eine materielle Auswirkung zukommt, die in innerem Zusammenhang mit dem Prozeß und jener prozessualen Aufgabe der Prozeßhandlung steht. Der materiellen Funktion einer Prozeßhandlung wohnt also die Zweckbezogenheit auf deren prozessuale Funktion inne. Diese fehlt, wenn das materielle Recht in seinem Bereich auf eigene Faust an eine Prozeßhandlung Rechtsfolgen knüpft, von denen der Prozeß "gar nichts weiß"." ⁶⁸⁾ So gesehen stellt die

65) Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 237 Fußn. 9, hält deshalb diese Zwischengruppe für überflüssig;

66) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 238; Peters, Strafprozeß, S. 216; Eb. Schmidt, Lehrk., Teil I Erl. 36/37.

67) Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 238.

68) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 56.

Personalienfeststellung des Verdächtigen durch die Polizei eine echte doppel funktionelle Prozeßhandlung dar. Ihre Zweckbezogenheit auf den Prozeß ist evident. Zur Erfüllung ihrer prozessualen Funktion - den Namen des (möglichen) Straftäters festzustellen, damit ein Urteil zustande kommen kann - ist der Eingriff in materielle Rechte ⁶⁹⁾ des Verdächtigen unerläßlich.

Diese Ausführungen zur Doppelfunktionalität der erörterten Prozeßhandlung waren insofern notwendig, als sich daran bestimmte Konsequenzen hinsichtlich der Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit knüpfen. Die Rechtmäßigkeit einer doppel funktionellen Prozeßhandlung beurteilt sich nämlich in erster Linie nach Prozeßrecht. Man kann also nicht dadurch, daß man durch Schaffung einer entsprechenden Befugnis den Eingriff materiellrechtlich zuläßt, das Prozeßrecht "unterlaufen". Vielmehr muß sich eine derartige Norm gefallen lassen, auch - und unabhängig vom materiellen Recht - am Prozeßrecht gemessen zu werden. Wir sind bei unserer Prüfung auf dem Weg über die Subsumtion der Personalienfeststellung des Verdächtigen unter den Begriff "Prozeßhandlung" zu dem Ergebnis gelangt, daß die einschlägigen polizeirechtlichen Bestimmungen eine Prozeßhandlung regeln und somit prozeßrechtliche Vorschriften sind. Als solche verstoßen sie gegen § 6 I Satz 1 EGStPO.

Nach § 6 I Satz 1 EGStPO treten die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze für alle Strafsachen, über die gemäß § 3 EGStPO nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zu entscheiden ist, außer Kraft. Bei dem Begriff "prozeßrechtliche Vorschriften" handelt es sich um einen typischen juristischen Ausdruck. Daher besteht Grund zu

69) worin der Eingriff genau besteht, soll im folgenden Kapitel erläutert werden.

der Annahme, daß der Gesetzgeber diesen Begriff so verwendet hat, wie er von der Rechtslehre verstanden wird. Insofern ist bei der Auslegung von der Verbalinterpretation auszugehen ⁷⁰⁾, die der hier vertretenen Auffassung zugrunde liegt. Aber auch nach dem Willen des Gesetzgebers, der in den Motiven zum Ausdruck kommt ⁷¹⁾, sollte jegliches Landesstraßprozeßrecht - altes wie neues, auch die nicht der StPO widersprechenden landesrechtlichen Strafverfahrensvorschriften - unzulässig sein. Daß damit auch die polizeilichen Eingriffsbefugnisse stark beschnitten werden sollten - und auch wurden -, findet seine Erklärung in dem starken Mißtrauen, das man damals der Unparteilichkeit der Polizei entgegenbrachte ⁷²⁾. Eine restriktive Interpretation des Begriffs "prozeßrechtliche Vorschriften" würde den subjektiven und auch objektiv zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, sowie den Zweck des Gesetzes verkennen.

Ob die Länder kraft ihrer Gesetzgebungsbefugnis für das Polizeirecht die StPO erweitern können, ist seit jeher umstritten ⁷³⁾. Mit verschiedenen Begründungen wird

70) s. zur Auslegung: Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre 1948, S. 133 ff.

71) Hahn, Materialien zur StPO. Bd. I, 1880, S. 299.

72) Gerland JW 1934, 108.

73) Gegen landesrechtliche Erweiterung: Eb.Schmidt, Lehrk., Teil II, Erl. 2 zu § 6 EGStPO; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 173 Fußn. 3; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 163; Tiedemann JZ 1964, 626; Gerland JW 1934, 108; Hennes, Die Polizei 1962, 18; Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, S 88 ff; Seebode, MDR 1970, 187 m.w.N.; BGH NJW 1962, 1020; a.A.: Schäfer in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 6 EGStPO; Kleinknecht, StPO, Anm. 1 zu § 6 EGStPO; Peters, Strafprozeß, S. 156; F. Mayer in Mang u.a., Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 403 f; Samper, PAG, Rdnr. 15 zu Art. 14; Wacke, Die Polizei, 1962, 213; RGSt 67, 351.

versucht, die Aussage des § 6 EGStPO abzuschwächen. Wacke ⁷⁴⁾ meint, prozeßrechtliche Vorschriften i.S. der §§ 6 und 3 EGStPO seien ausschließlich solche des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten. Er bezieht daher § 6 EGStPO nicht auf das Vorverfahren. § 6 EGStPO muß jedoch im Zusammenhang mit dem gesamten Inhalt der StPO gesehen werden. Da die StPO auch das Ermittlungsverfahren einschließlich der Tätigkeit der Polizei regelt, bezieht sich die Bestimmung eindeutig auch auf diesen Bereich ⁷⁵⁾. F. Mayer ⁷⁶⁾ schreibt: "Die diesbezüglichen Vorschriften (gemeint sind Art. 14 I Nr. 1, 16 Nr. 1 PAG) ergänzen nämlich nicht die prozessualen Befugnisse - hierfür enthält die StPO wohl eine erschöpfende Regelung -, sondern lediglich die Befugnisse der Polizei bei der Strafverfolgung. Insofern steht also § 6 EGStPO diesen landesrechtlichen Vorschriften nicht entgegen." Worin der Unterschied zwischen den genannten Befugnissen bestehen soll, ist nicht erkennbar. Es werden lediglich verschiedene Worte für ein und dieselbe Sache verwendet. Peters ⁷⁷⁾ weist darauf hin, daß die Aufklärung von Verbrechen auch präventive Bedeutung hat. Daher könnten die Länder auch polizeiliche Regelungen treffen, die der Strafverfolgung zugute kommen. Mit dieser Begründung könnte man die prozessualen Befugnisse der Polizei beliebig erweitern. Eine derartige Ausdehnungsmöglichkeit der StPO durch die Länder wird jedoch nirgends vertreten. Auch speziell zu der hier

74) Die Polizei 1962, 213.

75) so zutreffend Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, S. 88.

76) in Mang u.a., Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 404.

77) Strafprozeß, S. 156.

behandelten Frage der Gültigkeit der polizeirechtlichen Auskunftspflichten im Rahmen der Strafverfolgung gehen die Meinungen auseinander. Hoffmann⁷⁸⁾, Hust⁷⁹⁾ und Samper⁸⁰⁾ bejahen die Gültigkeit, während sie von Hennes⁸¹⁾, Kopperschmidt⁸²⁾ und Seebode⁸³⁾ verneint wird. Besonders Seebode⁸⁴⁾ hat das Problem hinsichtlich der Rechtslage beim Beschuldigten gründlich untersucht. Das Ergebnis, den Beschuldigten treffe nach den landesrechtlichen Polizeigesetzen keine Pflicht zur Personalangabe, gilt auch für den Verdächtigen und stimmt mit der hier vertretenen Auffassung überein.

Obwohl die einschlägigen Polizeigesetze somit im Rahmen der Strafverfolgung wegen Widerspruchs zu § 6 I Satz 1 EGStPO i.V.m. Art. 31, 72, 74 Nr. 1 GG nicht anwendbar sind, braucht keine Nichtigkeit angenommen zu werden. Die Vorschriften können als rein polizeirechtliche Bestimmungen aufrechterhalten werden⁸⁵⁾. Wir befinden uns hier nämlich an einer Nahtstelle zwischen Polizeirecht und Strafverfahrensrecht. Die Vorschriften sind janusköpfig. Sie können nicht nur für den Strafprozeß von Bedeutung sein, sondern auch - und diesen Gesichtspunkt dürfen wir nicht außer acht lassen - der Erfüllung rein polizeilicher Aufgaben dienen. Die Feststellung der Personalien

78) DVBl 1967, 755 und Die Polizei 1969, 42.

79) NJW 1969, 22.

80) PAG, Rdnr. 15 zu Art. 14.

81) Die Polizei 1962, 18.

82) DÖV 1953, 76

83) MDR 1970, 187 f.

84) aaO.

85) so auch Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, S. 91, hinsichtlich § 17 PrPVG.

des Verdächtigen kann im Einzelfall ein geeignetes Mittel sein, um weitere bevorstehende Straftaten zu verhüten. Allerdings müssen konkrete Anhaltspunkte vorhanden sein, die für diesen Einzelfall eine zu bannende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung als vorhanden erscheinen lassen. Die allgemeine Erwägung, die Peters ⁸⁶⁾ anstellt, daß jede Verbrechensaufklärung auch präventive Bedeutung hat, reicht hierfür nicht aus. Denn damit ließe sich, wie bereits ausgeführt, jede beliebige Ergänzung der StPO rechtfertigen. Infolge des Erfordernisses einer im Einzelfall bevorstehenden, mit Hilfe der Ermittlung des Täters zu bekämpfenden Polizeigefahr, wird der Anwendungsbereich der hier erörterten Polizeirechtsvorschriften gegenüber den Vorstellungen der Gesetzgeber erheblich beschränkt, im wesentlichen auf solche Sachverhalte, in denen es wahrscheinlich erscheint, daß der Täter demnächst ein weiteres gleichartiges Delikt - etwa mit noch unbekannten Methoden - begeht ⁸⁷⁾. Beispiele hierfür bieten vor allem Ereignisse der jüngsten Vergangenheit. Wenn Terroristen versuchen, durch spektakuläre Verbrechen die Staatsorgane und die Bevölkerung zu verunsichern, um auf diese Weise ihre politischen Ziele durchzusetzen, so zeigt dies, daß die begangenen Straftaten nicht einer einmaligen Konfliktsituation entspringen, sondern Mittel zu einem weitergreifenden Zweck sind, deren Anwendung auch für die Zukunft befürchtet werden muß. Eine drohende Polizeigefahr besteht ferner generell in all den Fällen, wo man aus der Begehungsweise der Straftat auf einen Wiederholungstäter schließen

86) Strafprozeß, S. 156.

87) vgl. Koschwitz, aaO, S. 92.

kann. Die zur Gefahrenabwehr zulässige Feststellung der Personalien des Verdächtigen durch die Polizei wird freilich meist dazu führen, daß die Maßnahme auch der Strafverfolgung zugute kommt. Diese Nebenfolge ist ohne ✓ Einfluß auf die Rechtmäßigkeit der zu polizeilichen Zwecken durchgeführten Personalienfeststellung. Im Hinblick auf die Janusköpfigkeit der Vorschriften kommt es darauf an, welchen Zweck die Polizei bei der Personalienfeststellung verfolgte. Standen dabei Zwecke der Gefahrenabwehr inmitten, können die gewonnenen Erkenntnisse auch für das Strafverfahren verwertet werden, da keines der anerkannten Verwertungsverbote Platz greift ⁸⁸⁾.

88) vgl. zu dem Problem der Verwertungsverbote:
Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 110 ff;
Peters, Beweisverbote im Strafprozeß, Gutachten
für den 46. DJT, Bd. I, Teil 3 A;
Petry, Beweisverbote im Strafprozeß;
zweifelnd zu dem hier angesprochenen Problem der
Verwendung außerprozessualer Erkenntnismöglich-
keiten für den Strafprozeß: Niese, ZStrW 1963,
227 Fußn. 27.

6. Kapitel: Das Schweigerecht des Verdächtigen

Von dem Schweigerecht des Verdächtigen war bereits im 3. Kapitel die Rede. Wir haben daraus gewichtige Folgerungen für die Abgrenzung des Verdächtigen vom Zeugen abgeleitet. Nun gilt es, die Begründung für die dort aufgestellte Behauptung, der Verdächtige habe ein Schweigerecht, nachzuliefern. Zugleich werden damit die strafprozessualen, polizeirechtlichen und strafrechtlichen Ausführungen abgerundet. Denn die Prüfung der Rechtmäßigkeit etwaiger das Schweigerecht einschränkender Gesetze erfordert die Feststellung der Rechtsgrundlage, des Umfangs und der Grenzen dieses Rechtes. Dabei wird sich herausstellen, ob man zutreffend von einem "Recht" im Sinne einer materiellen Berechtigung sprechen kann, oder ob es sich nur um eine prozessuale Möglichkeit ¹⁾ handelt. Der Unterschied ist im Hinblick auf die sich daraus ergebenden Konsequenzen beträchtlich. Denn wenn man nur von einer prozessualen Möglichkeit sprechen kann, ist der Geltungsbereich auf die Strafprozeßordnung beschränkt, erstreckt sich jedenfalls nicht ohne ausdrückliche Verweisung auf andere Verfahrensordnungen und Rechtsbereiche und kann, auch ohne daß der einzelne eine Rechtseinbuße erleidet oder sich dagegen wehren kann, eingeschränkt, vielleicht sogar ganz beseitigt werden. Handelt es sich dagegen um ein echtes materielles Recht, so regelt es als "soziale Schrankenziehung" ²⁾ das Verhältnis des einzelnen zum Staate schlechthin, gilt also für die gesamte Rechtsordnung und stellt für den Bürger einen Machtbereich dar, in den der Staat nicht ohne weiteres eingreifen kann und darf. Dem Herausfinden der richtigen Rechtsgrundlage kommt also im Rahmen dieser Arbeit eine entscheidende Bedeutung zu. Zugleich wird damit die Frage beantwortet, ob

1) Vgl. Eb. Schmidt ~~Lehr~~★ Teil I, Erl. 70;
siehe auch zum Unterschied von materiellem Recht und prozessualer Möglichkeit: derselbe aaO, Erl. 64 ff.

2) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. 1922, S. 360.

das Schweigerecht nur dem Beschuldigten zusteht, wie oftmals und m.E. rechtsirrig angenommen wird, oder auch schon dem Verdächtigen. Schließlich muß noch der Umfang des Schweigerechts - Sachangaben oder auch Person^{gl}angaben - gesondert geprüft werden. Um uns die Bedeutung und Auswirkung des Schweigerechts vergegenwärtigen zu können, müssen wir zuerst einen Blick auf die Geschichte werfen.

I. Entwicklungsgeschichtlicher Rückblick

Der Grundsatz des englisch-amerikanischen Rechts, es dürfe niemand gezwungen werden, sich selbst zu belasten, hat im deutschen Strafverfahren verhältnismäßig spät Anerkennung gefunden. Erst die Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 machte dem Beschuldigten das Recht zu schweigen nicht mehr streitig ³⁾. Jahrhunderte-lang war das Strafverfahren von der Rechtsansicht beherrscht, daß der Beschuldigte zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet ist, die zum Teil mit Folter, Ungehorsams- und Lügenstrafen erzwungen werden konnte.

1. Das germanische Recht kannte zwar infolge seiner Ausgestaltung als Parteiverfahren keine Aussagepflicht; jedoch wurde das Schweigen als Geständnis gewertet. Wollte der Beklagte diese Rechtsfolge nicht in Kauf nehmen, mußte er die Klage Wort für Wort bestreiten ⁴⁾. Im anschließenden Beweisverfahren, bei dem es nicht um die Erforschung der materiellen Wahrheit ging, sondern um die Vornahme gewisser Formalakte, welche die Behauptungen des Beweisführers feierlich erhärten sollten ⁵⁾, konnte sich der Beklagte durch Erbringung des sogenannten Reinigungsseides von dem Schuldvorwurf

3) Vgl. Hahn, Materialien, Bd. III, S. 139.

4) Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl. S. 37.

5) Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 25.

entlasten. Mit der Umgestaltung dieses Verfahrens, das man als Anklageprozeß bezeichnen kann, in den Inquisitionsprozeß im späteren Mittelalter, 13. bis 15. Jahrhundert, gewann das Geständnis des Beschuldigten immer größere Bedeutung, bis es in der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, der "Constitutio criminalis Carolina" zur "regina probationum" wurde. Die CCC statuierte nicht nur eine Auskunftspflicht und Wahrheitspflicht des Delinquenten, sondern ließ auch den Gebrauch der Folter zu, um diese durchzusetzen. Da eine Verurteilung nur entweder durch ein Geständnis oder durch die Aussage zweier klassischer Zeugen aufgrund eigener Tatbeobachtung erfolgen konnte, die jedoch oftmals fehlten, da Verbrechen in der Regel ohne Gegenwart von klassischen Zeugen verübt zu werden pflegen, kam alles auf das Geständnis an. Die Art. 45 ff regelten eingehend das Verhör mit dem Beklagten. Vor Anwendung der Folter sollte sein Wissen von der Übeltat "auch mit bedrohung der marter bespracht werden, ob er der beschuldigten missethat bekenntlich sei oder mit vnd jm solcher missthat halber bewust sei, vnd was er alssdann bekennt, oder verneint, soll auffgeschrieben werden" ⁶⁾. Erreichte man auf diese Weise kein Geständnis, so konnte der Richter unter genau geregelten Voraussetzungen zur "peinlichen Befragung" schreiten. Die CCC ließ also nicht ohne weiteres die Folterung zu. Sie bemühte sich in zahlreichen Regeln um eine gemäßigte und vorsichtige Anwendung. Sie erkannte aber nicht die großen Gefahren der Folter als Mittel der Beweisführung. Die Einfachheit des Mittels und die scheinbar erzielten Erfolge führten zu einem maßlosen Gebrauch ⁷⁾. Die CCC hat in drastischer Weise gezeigt, wohin eine gesetzlich normierte Aussagepflicht führen kann.

6) CCC, Art. 46.

7) Peters, Strafprozeß, S. 55 f.

2. Nachdem unter der Geltung der "Carolina" vor allem in den Hexenprozessen der Höhepunkt des Selbstbelastungszwanges erreicht war, "schlug das Pendel wieder zurück". Die Stimmen mehrten sich, die für eine Abschaffung der Folter plädierten. Den Anfang mit dem Folterverbot machte Friedrich der Große in Preußen mit einer Kabinettsorder vom 3. Juni 1740. Es folgte Österreich (1776) und Württemberg (1806). Auch in Bayern unterzeichnete der Kurfürst unter dem Einfluß Feuerbachs am 7. Juli 1806 das Edikt über die Abschaffung der peinlichen Frage. Mit der Beseitigung der Folter änderte sich aber nur die Methode, nicht das Ziel der inquisitorischen Beweistätigkeit, die auf Herbeiführung eines Geständnisses ausgerichtet war ⁸⁾. Die Preußische Kriminalordnung vom 11. Dezember 1805 schrieb in § 263 ausdrücklich vor, daß ein jeder, der eines Verbrechens wegen zur Untersuchung gezogen wird, verbunden ist, die Fragen des Richters deutlich, bestimmt und vollständig zu beantworten. Statt mit Folterung wurde nun versucht mit Ungehorsams- und Lügenstrafen ein Geständnis zu erwirken, damit, wie es in § 292 wörtlich hieß, "der halsstarrige und verschlagene Verbrecher durch freche Lügen und Erdichtungen oder durch verstocktes Leugnen oder gänzlichliches Schweigen sich nicht der verdienten Strafe entziehen möge". Erst das Jahr 1848 brachte mit den von der Frankfurter Nationalversammlung proklamierten "Grundrechten des deutschen Volkes" auch für das Strafverfahrensrecht "eine Wendung von epochaler Bedeutung" ⁹⁾. Zwangsmittel, Drohung, List und Vorspiegelung falscher Tatsachen durften bei der Vernehmung des Beschuldigten nicht mehr angewandt werden.

8) Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 49.

9) Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 56.

Jedoch blieb der Beschuldigte nach wie vor aussagepflichtig¹⁰⁾. Eine Ausnahme machte lediglich Braunschweig mit seiner Strafprozeßordnung vom 22. August 1849, die in § 43 vorschrieb, den Beschuldigten darauf hinzuweisen, daß er zur Antwort nicht verpflichtet sei. Die endgültige und allgemeine Beseitigung der Aussagepflicht erfolgte erst mit Verkündung der Reichsstrafprozeßordnung am 1.2.1877.

3. Auch die Reichsstrafprozeßordnung war bei der Ausgestaltung der Einlassungsfreiheit in den §§ 136 I 2, 243 III zunächst auf halbem Wege stehengeblieben¹¹⁾. Man konnte sich nicht entschließen, den Grundsatz: "Nemo tenetur, se accusare" in das Gesetz aufzunehmen. Im Gegenteil: Der Entwurf von 1874 schien noch von einer Aussagepflicht auszugehen. § 123 lautete:

"Die Vernehmung soll dem Beschuldigten Gelegenheit zu seiner Rechtfertigung und zur Beseitigung der gegen ihn sprechenden Verdachtsgründe geben. Bei der ersten Vernehmung ist auf die Ermittlung seiner persönlichen Verhältnisse Bedacht zu nehmen."

Also kein Wort von Schweigerecht oder Aussagepflicht!

In den Motiven hierzu finden wir jedoch nähere Anhaltspunkte, wenn dort ausgeführt wird¹²⁾:

"Es erschien nicht angemessen, die Verpflichtung des Beschuldigten zur Ertheilung wahrheitsgemäßer Auskunft im Gesetz auszusprechen Der Entwurf hat deshalb insbesondere davon abgesehen, die in vielen der bestehenden Gesetze vorgeschriebenen richterlichen Ermahnungen zur Angabe der Wahrheit zu wiederholen. Ebensovienig aber hat derselbe eine ausdrückliche Eröffnung an den Beschuldigten, daß er zu keiner Antwort oder Erklärung auf

10) Z.B. § 72 der hamburgischen Strafprozeßordnung;
Art. 101 der Strafprocess-Ordnung von Sachsen-Altenburg.

11) Wessels, JuS 1966, 170.

12) Hahn, Materialien, Bd. III S. 138 f.

die ihm vorzulegenden Fragen verbunden sei, ... für angemessen erachtet. Einer solchen Eröffnung stehen erhebliche Bedenken entgegen. Denn sie erweckt den Anschein, als solle auch die sittliche Pflicht zur Angabe der Wahrheit verneint werden, und sie kann leicht den Beschuldigten veranlassen, mit jeder Auslassung zurückzuhalten, dadurch aber seiner eigenen Sache zu schaden, weil man häufig geneigt sein wird, das Schweigen, wenn auch das Gesetz dem Beschuldigten das Recht hierzu nicht streitig macht, zu seinem Nachtheil zu deuten."

Diese Stelle in den Motiven ist sehr aufschlußreich und wurde deshalb auch wörtlich zitiert. Der Entwurf bejaht einerseits die sittliche Pflicht zur Erteilung wahrheitsgemäßer Auskunft, anerkennt aber andererseits das Recht des Beschuldigten zu schweigen. Ein solches Auseinanderfallen von Recht und Sittlichkeit ist unserem Rechtsempfinden an und für sich fremd. Was sittenwidrig ist, kann nicht rechtens sein. Liepmann¹³⁾ bezeichnete daher das Schweigerecht zutreffend als ein "privilegium odiosum". § 123 des Entwurfs war denn auch bei den Beratungen zur Ersten Lesung nochmals Gegenstand einer heftigen Diskussion¹⁴⁾. Der Abgeordnete Herz rügte die negative Haltung des Entwurfs zu dieser Frage. Der Grundsatz: "nemo tenetur se accusare" müsse deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Deshalb schlug er zusammen mit den Abgeordneten Eysoldt und Klotz folgende Fassung des § 123 vor, wie sie dann auch später in § 136 I S. 2 StPO Gesetz wurde: "Der Beschuldigte ist zu befragen, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle". Damit hatte das Gesetz den Beschuldigten ausdrücklich von der Pflicht zur Aussage freigestellt. Daß die Verneinung der Aussagepflicht nicht zugleich die Einräumung eines Schweigerechts bedeutete, geht schon daraus hervor, daß es in den

13) ZStrW 44, 671.

14) Siehe Hahn, Materialien, Bd. III S. 701 ff.

Motiven ¹⁵⁾ und auch bei den Beratungen ¹⁶⁾ für zulässig erachtet wurde, aus dem Schweigen nachteilige Schlüsse zu ziehen. Dementsprechend urteilten auch manche Gerichte. Das OLG Hamburg ¹⁷⁾ bestätigte eine Verurteilung, bei der der Tatrichter seine Überzeugung von der Schuld des Angeklagten allein auf dessen Schweigen gegründet hatte. Auch einige Urteile des RG und BGH wiesen in diese Richtung. Die Meinung im Schrifttum hierüber war geteilt ¹⁸⁾. Erst BGHSt 20, 201 beseitigte endgültig die Schuldindizfunktion des Schweigens. Damit war der Beschuldigte auch von dem mittelbaren Zwang zur Aussage befreit.

Einen weiteren Schritt zur Vervollkommnung des Schweigerechts stellte die Einführung der Belehrungspflicht hierüber durch das StPAG vom 19.12.1964 dar. Wenn sie auch an der bisherigen Rechtslage hinsichtlich des Schweigens nichts änderte ¹⁹⁾, so führte doch der Hinweis dem Beschuldigten deutlicher als bisher die Möglichkeit zu schweigen vor Augen.

15) Hahn, Materialien, Bd. III S. 139.

16) AaO S. 704.

17) GA Bd. 73, 215.

18) Vgl. z.B. Sarstedt in Löwe-Rosenberg, 21. Aufl., Anm. 4 a zu § 136; Peters, Strafprozeß, 1. Aufl., S. 271 einerseits und Schwarz-Kleinknecht, StPO, 26. Aufl., Anm. 11 zu § 136; Henkel, Strafverfahrensrecht, 1. Aufl., S. 225; Castringius, Schweigen und Leugnen des Beschuldigten im Strafprozeß, S. 63 ff andererseits.

19) BGH JZ 1968, 749 = NJW 1968, 1838 = BGHSt 22, 170; Sarstedt in Löwe-Rosenberg, 21. Aufl. Ergänzungsband, Anm. 9 zu § 136; Müller-Sax, KMR, Anm. 2 aE zu § 136; Stree, JZ 1966, 593.

Während es früher "dem feinen Gehör des Beschuldigten zugemutet wurde", wie Radbruch ²⁰⁾ zutreffend bemerkt, "aus der Form der Frage, "ob er etwas", nicht: "was er", auf die Beschuldigung erwidern wolle, herauszuhören, daß er nicht zu antworten brauche" wurde er nun darüber nicht mehr im Unklaren gelassen. Allerdings weigerte sich der BGH ²¹⁾ aus der Neueinführung der Belehrungspflicht auch die entsprechende revisionsrechtliche Konsequenz zu ziehen. Er erklärte § 136 I StPO nach wie vor zur Ordnungsvorschrift, deren Verletzung weder ein Verwertungsverbot noch die Revision begründen könne ²²⁾. Damit war der mit dem Folterverbot Friedrichs des Großen im Jahre 1740 eingeschlagene und bislang konsequent fortgeführte Weg noch vor dem endgültigen Ziel jäh beendet. Ob die Entscheidung des BGH zugleich eine Wendung in die Gegenrichtung bedeutet, bleibt abzuwarten.

II. Die rechtliche Anerkennung des Grundsatzes: "Nemo tenetur, se ipsum accusare".

Im amerikanischen Recht ist das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung im V. Amendment generell ausgesprochen ²³⁾. Eine derartige generelle Vorschrift fehlt in unserer Rechtsordnung. Aus dem Fehlen kann jedoch nicht geschlossen werden, daß dieser Grundsatz dem deutschen Recht fremd wäre. Vielmehr begegnen wir ihm in mehr oder minder deutlicher Form in zahlreichen Vorschriften.

20) Festschrift für Wilhelm Sauer, S. 121.

21) BGHSt 22, 170 = JZ 1968, 749 = NJW 1968, 1838.

22) Die Meinung des BGH stieß im Schrifttum z.T. auf erheblichen Widerspruch. Vgl. Grünwald, JZ 1968, 752 ff; Eb. Schmidt, NJW 1968, 1209 ff.

23) Vgl. Jescheck, Generalgutachten für den 46. DJT, S. 25 f.

1. Wie bereits die Entstehungsgeschichte gezeigt hat ²⁴⁾, sollte mit § 136 I S. 2 StPO der Grundsatz: "nemo tenetur, se accusare" zum Ausdruck gebracht werden. Er stellt, insbesondere in seiner heute geltenden Form, den deutlichsten Hinweis auf das Schweigerecht dar. Die Tatsache, daß es eine dem amerikanischen Recht entsprechende Vorschrift nicht gibt und andere Regelungen insoweit viel unklarer sind, hat dazu geführt, daß man im Zusammenhang mit § 136 StPO gemeinhin vom Schweigerecht des Beschuldigten spricht. Und nicht selten wird ausdrücklich die Meinung vertreten, § 136 StPO sei die Rechtsgrundlage des Schweigerechts ²⁵⁾. Eine solche Auffassung hätte für unsere Untersuchung weittragende Konsequenzen. Da § 136 StPO nur für den Beschuldigten und nur für Vernehmungen gilt ²⁶⁾, nicht aber für den Verdächtigen ²⁷⁾, würde das bedeuten, daß der Verdächtige bei Befragungen kein Schweigerecht hätte. Daher müssen wir prüfen, ob § 136 I StPO das Schweigerecht zum Inhalt hat oder nur eine besondere prozessuale Ausgestaltung für den Beschuldigten darstellt.

Schon die Entstehungsgeschichte spricht gegen die oben genannte Auffassung. Wie uns die Motive kundtun ²⁸⁾, wollte § 123 des Entwurfs von 1874 dem Beschuldigten das Recht zu schweigen nicht streitig machen, ging also von einem bestehenden, allerdings einschränkbaren Schweigerecht aus.

24) Siehe oben S. 150

25) Vgl. u.a. Schreieder, Die Stellung des Beschuldigten im Hinblick auf die Aussage nach formellem und materiellem Strafrecht, S. 7; Petry, Beweisverbote, S. 39; Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 5 zu § 136.

26) Vgl. OLG Oldenburg, NJW 1967, 1097; Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 136; Kohlhaas, NJW 1965, 1255.

27) Vgl. oben S. 58

28) Hahn, Materialien, Bd. III S. 139.

Auch die spätere Änderung des Entwurfs sollte nur eine Klarstellung herbeiführen. Durch die Neufassung des § 136 I S. 2 StPO infolge des StP~~X~~G vom 19.12.1964 wurde an der bestehenden Rechtslage nichts geändert ²⁹⁾. Daß die Vorschrift im Laufe der Zeit insoweit einen Bedeutungswandel erfahren hätte, vertritt niemand. Der Wortlaut des § 136 I S. 2 StPO: "daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, ... nicht zur Sache auszusagen" deutet auf ein außerhalb des § 136 StPO bestehendes Gesetz hin. Der Hauptgrund dafür, daß § 136 StPO nicht "sedes materiae" des Schweigerechts sein kann, liegt in der Rechtsnatur der Vorschrift als prozessuale Norm.

Auf die Wichtigkeit der Unterscheidung zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht wurde in dieser Arbeit schon wiederholt hingewiesen. § 136 StPO ist unbestrittenermaßen eine prozeßrechtliche Vorschrift. Daraus ergeben sich für die Auslegung bedeutsame Folgerungen. Das Prozeßrecht regelt nicht die subjektiven Rechte und Pflichten des einzelnen. Diese "soziale Schrankenziehung" ³⁰⁾ zwischen den Rechtsbereichen der einzelnen Bürger wie auch im Verhältnis des einzelnen zum Staate ist eine Angelegenheit des materiellen Rechts ³¹⁾. Das Prozeßrecht befaßt sich dagegen mit "der Frage, welche Schritte in Richtung auf ein richterliches Urteil hin zu tun sind, welche Handlungen also nach den Spielregeln des Prozeßrechts "zugelassen" sind, um zu einem erwünschten Urteil zu gelangen" ³²⁾. Wenn man also

29) Vgl. oben S. 155

30) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. 1922, S. 360 ff.

31) Eb. Schmidt, ~~Lehr~~ Teil I, Erl. 64.

32) Eb. Schmidt, aaO, Erl. 61.

im prozessualen Bereich von Rechten und Pflichten spricht, so ist diese Ausdrucksweise bedenklich, wenn nicht falsch ³³⁾. Im Prozeßrecht gibt es streng genommen keine Rechte und Pflichten, sondern nur Möglichkeiten und Lasten ³⁴⁾. § 136 I StPO besagt also lediglich, daß das Schweigen für den Beschuldigten eine vom Prozeßrecht zugelassene Handlung (Möglichkeit) im Hinblick auf das Zustandekommen eines Urteils ist. Der Beschuldigte kann schweigen, ohne unmittelbare spezifisch prozeßrechtliche Nachteile befürchten zu müssen. Spricht man dagegen von einem Schweigerecht des Beschuldigten, "so bewegt man sich schon nicht mehr im Rahmen einer prozeßrechtlichen Betrachtungsweise, denkt man vielmehr materiell-rechtlich, indem man darauf abstellt, daß die Freiheit der Person des Beschuldigten durch einen Aussagezwang nicht beeinträchtigt werden darf. Gerade weil das die Freiheit der Person (im weitesten Sinne) schützende materielle (Verfassungs-) Recht unter den verschiedensten Gesichtspunkten in das Verfahren hineinspielt und die Ausgestaltung des Prozeßrechts beeinflusst, besteht die Gefahr, als "prozessuales Recht" zu deuten, was in Wahrheit ein echtes, aus dem materiellen Recht abgeleitetes subjektives Recht ist" ³⁵⁾. Aus § 136 I StPO kann man somit ein Schweigerecht nicht herleiten. § 136 I a.F. und n.F. setzen das Prinzip der Einlassungsfreiheit voraus, haben es aber nicht zum Inhalt ³⁶⁾. Die Vorschrift stellt lediglich die prozessuale Ausgestaltung der im materiellen Recht fußenden Schweigebefugnis dar. Damit hat sich die Befürchtung, das Schweigerecht sei auf den Beschuldigten beschränkt, als gegenstandslos erwiesen.

33) Eb. Schmidt, aaO, Erl. 65.

34) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 63.

35) Eb. Schmidt, ~~Lehr~~ Teil I, Erl. 71.

36) Grünwald, JZ 1968, 752.

2. Neben § 136 I StPO gibt es noch zahlreiche weitere Vorschriften, die nicht oder nicht nur für den Beschuldigten gelten und ebenfalls das Verbot des Selbstbelastungszwanges berücksichtigen, ohne dieses Prinzip zum Inhalt zu haben. In § 243 IV S. 1 StPO kennt die Regelung des § 136 I S. 2 StPO fast wörtlich wieder, diesmal auf den Angeklagten bezogen. Nach § 257 StPO ist der Angeklagte nach jeder Zeugenvernehmung zu befragen, ob er etwas zu erklären habe. Das Gleiche gilt gemäß § 258 III StPO nach Schluß der Beweisaufnahme. Damit ist für jede Phase der Hauptverhandlung das Schweigerecht des Angeklagten eigens betont. Aber nicht erst beim Beschuldigten und Angeklagten, also dann, wenn "das Kind schon in den Brunnen gefallen ist", sondern bereits viel früher kommt in der StPO der Gedanke: "nemo tenetur, se accusare" zum Ausdruck, nämlich in § 55 StPO. Wir haben diese Vorschrift im 1. Teil ausführlich behandelt und gesehen, daß sie den Verdächtigen nur unzureichend vor einer Selbstbelastung schützt. Ungeachtet dessen, besteht jedoch der Sinn und Zweck des § 55 StPO in der Alternative der Eigengefährdung darin, den Zeugen von einem mit der Zeugenstellung verbundenen möglichen Zwang zur Selbstbezichtigung freizustellen ³⁷⁾. Die Parallele zu § 136 I StPO zeigen die Motive zum Entwurf auf ³⁸⁾: "Die Bestimmung, daß kein Zeuge eine Auskunft zu geben brauche, durch welche er sich selbst einer strafbaren Handlung beschuldigen würde, ist das notwendige Korrelat des Grundsatzes, daß ein Beschuldigter nicht zu einer Aussage wider sich selbst gezwungen werden dürfe".

37) Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 209;
Eb. Schmidt, JZ 1958, 600;
Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Anm. 1 und 3 zu § 55;
Müller-Sax, KMR, Anm. 1 b zu § 55;
BGHSt 9, 36.

38) Hahn, Materialien, Bd. III S. 107.

Doch den inneren Grund für die beiden prozeßrechtlichen Regelungen und damit die gemeinsame materiellrechtliche Wurzel, was zugleich unsere These von der prozessualen Ausgestaltung des Schweigerechts durch § 136 I StPO erhärtet, legte der BGH in BGHSt 1, 40 offen: "Das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO fließt aus dem allgemeinen, für den Beschuldigten im § 136 StPO als selbstverständlich vorausgesetzten rechtsstaatlichen Grundsatz, daß niemand gezwungen werden darf, gegen sich selbst auszusagen" ³⁹⁾. Wenn § 55 I StPO - die Regelung finden wir in § 384 Nr. 2 ZPO wörtlich wieder - diesem Grundsatz genauso Rechnung tragen soll, wie § 136 I StPO, so beweist dies, daß seine Geltung von der Einräumung der Beschuldigtenstellung, ja sogar, wie aus § 384 Nr. 2 ZPO hervorgeht, von der Einleitung eines Strafverfahrens völlig unabhängig ist. Der Grundsatz, niemand braucht sich selbst zu belasten, gilt für jedermann ⁴⁰⁾.

Bestätigung für diese Behauptung finden wir ferner, wenn wir einen Blick in das StGB werfen. Nach § 343 StGB wird ein Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren berufen ist, bestraft, wenn er einen anderen körperlich mißhandelt usw., um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären. Der Verdächtige ist durch diese Vorschrift vor einer Aussagenerpressung ebenso geschützt wie der Beschuldigte und der Angeklagte. Im Rahmen des § 257 StGB bleibt eine Fremdbegünstigung straflos, wenn sie vom Täter zugleich in der Absicht persönlicher Selbstbegünstigung begangen wird ⁴¹⁾. Der Täter kann

39) Daß § 55 StPO dieses Ziel infolge seiner Auslegung durch die herrschende Literatur und Judikatur nur unvollkommen erreicht, steht auf einem anderen Blatt.

40) Niese, ZStrW 63, 220.

41) Vgl. u.a. Schönke-Schröder StGB, Rdnr. 41 zu § 257; Maurach, Deutsches Strafrecht, BT, S. 732; RGSt 21, 376; 73, 268; BGHSt 2, 378; 9, 73.

also, um einer Selbstbelastung zu entgehen, bei seiner Vernehmung als Zeuge oder bei einer Befragung als Verdächtiger die ihm gefährlichen Punkte schweigend übergehen, ohne sich nach § 257 StGB strafbar zu machen. Darüber hinaus ist es ihm unter dem Gesichtspunkt der Selbstbegünstigung sogar gestattet, durch Lügen den Verdacht von sich abzulenken ⁴²⁾. In der Privilegierung der Selbstbegünstigung, die für jeden Täter, also nicht nur für den Beschuldigten, gilt, kommt der Grundsatz: "nemo tenetur, se ipsum accusare" somit ebenfalls zum Tragen.

Desgleichen hat er im Rahmen des § 138 StGB von der Rechtsprechung und Lehre Berücksichtigung gefunden. Nach § 138 StGB ist an und für sich jedermann verpflichtet, bestimmte drohende Straftaten anzuzeigen. Der Tatbestand nimmt von dieser Pflicht niemanden aus. Nach ganz einheitlicher Meinung in Rechtsprechung und Lehre ⁴³⁾ sind jedoch die an dem Vorhaben als Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfen Beteiligten nicht zur Anzeige verpflichtet. Man begründet das damit, daß das Gesetz keine Pflicht zur Selbstanzeige kennt ⁴⁴⁾. Der BGH ⁴⁵⁾ hat nun den Kreis der Nichtverpflichteten erweitert: Auch der Verdächtige - der also nicht mit dem Täter gleichzusetzen ist - braucht das geplante Verbrechen nicht anzuzeigen ⁴⁶⁾. Die Entscheidung

42) BGHSt 2, 375; allerdings kann er dabei mit anderen Strafvorschriften kollidieren.

43) Vgl. BGHSt 19, 167;
BGH NJW 1956, 31 a.E.;
BGH bei Dallinger MDR 1956, 269;
RGSt 73, 52; 68, 288;
Heimann-Trosien in LK, Rdnr. 20 zu § 138;
Schönke-Schröder, StGB, Rdnr. 14 zu § 138;
Dreher, StGB, Anm. 1 C b zu § 138.

44) Heimann-Trosien in LK, Rdnr. 20 zu § 138;
RGSt 3, 3; 60, 256.

45) JR 1964, 226.

46) Dem BGH stimmen insoweit zu: Schröder, JR 1964, 227;
Heimann-Trosien in LK, Rdnr. 20 zu § 138;
Dreher, StGB, Anm. 2 C b zu § 138.

des BGH bestätigt, worauf wir schon im 3. Kapitel ⁴⁷⁾ aufmerksam gemacht haben: Das Schweigerecht muß von der Täterschaft unabhängig sein. Nur so kann der Verdächtige einer Selbstbezeichnung durch Schweigen entgehen. Diesem Gesichtspunkt hat der BGH - und ihm folgend die Literatur - im Rahmen des § 138 StGB voll Rechnung getragen.

Nur am Rande sei noch § 428 I Hlbs. 2 Abgabenordnung erwähnt, wonach Zwangsmittel unzulässig sind, soweit gegen den Steuerpflichtigen wegen der Abgabenangelegenheit ein Strafverfahren eingeleitet worden ist. Der Steuerpflichtige, der im Besteuerungsverfahren unbeschränkt Auskunft geben mußte und hierzu auch gezwungen werden konnte, wird von der Einleitung des Strafverfahrens an, die mit der ersten Maßnahme beginnt, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemand wegen eines Steuervergehens strafrechtlich vorzugehen (§ 432 I AO) ⁴⁸⁾, von dem Auskunftszwang befreit. Wie aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, besteht der innere Grund für diese Regelung darin, daß der Pflichtige durch die Offenbarung von Tatsachen oder Vorlage von Geschäftspapieren nicht ~~gezwungen~~ werden darf, zu seiner eigenen Überführung beizutragen ⁴⁹⁾. Mit der Einleitung der strafrechtlichen Untersuchung fällt daher die Auskunftspflicht des Beschuldigten fort ⁵⁰⁾.

3. Die bisherigen Vorschriften haben gezeigt, daß der Grundsatz: "nemo tenetur, se ipsum accusare" auch ohne ausdrückliche Normierung in unserer Rechtsordnung anerkannt ist, und zwar nicht nur für den Beschuldigten, sondern für

47) S. 84 Fußn. 77.

48) Z.B. Nachforschungen, Durchsuchungen Vernehmungen u.ä..

49) Kühn-Kutter, Abgabenordnung, Anm. 1 zu § 428.

50) RG 25.11.35 Kartei AO 1931 § 441 R. 2;
Kühn-Kutter aaO.

jedermann schlechthin, somit auch für den Verdächtigen. Andererseits gilt der Grundsatz nicht unbeschränkt. Es gibt Vorschriften, die den Betreffenden zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, was einem Selbstbelastungszwang gleichkommt. Offenbar bewertet das Gesetz in einigen Fällen das Aufklärungsinteresse höher. Als erstes wäre § 142 StGB zu nennen. Wer einen Verkehrsunfall verursacht hat, muß warten, bis feststellungsbereite Personen die Einzelheiten des Unfalls zur Kenntnis genommen haben, was meist durch die Polizei geschieht. Der Geschädigte kann grundsätzlich polizeiliche Feststellungen verlangen⁵¹⁾. Die polizeilichen Ermittlungen dienen nun in erster Linie dazu, ein Strafverfahren oder Ordnungswidrigkeitsverfahren einzuleiten und durchzuführen. Erst nach dem Strafverfahren schließt sich, wenn sich die Beteiligten nicht einigen können, in aller Regel der Zivilprozeß an. Die Kollision des § 142 StGB mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs ist unverkennbar, zumal wenn man den Rechtsgrund der Vorschrift "vor allem in der Ahndung strafbarer Handlungen, der Ausschaltung ungeeigneter Fahrer und der Feststellung betriebsunsicherer Fahrzeuge im Interesse der Allgemeinheit sieht"⁵²⁾. Heute ist man weitgehend von einer solchen Interpretation des § 142 StGB als mit dem Grundsatz: "nemo tenetur, se ipsum accusare" unvereinbar⁵³⁾ abgerückt. Die ganz h. M.⁵⁴⁾ sieht den Rechtsgrund allein in der Sicherung der zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche. Das bloße Sichentziehen gegenüber den straf-

51) OLG Düsseldorf, Verk.Mitt. 1971, 12;
Dreher, StGB, Anm. 3 B zu § 142.

52) So z. B. BGH VRS 8, 275;
KG VRS 3, 202;
BayObLG VRS 7, 458;
Koffka JR 1955, 323;
Maurach, Deutsches Strafrecht BT, S. 714.

53) Rupp, JuS 1967, 164.

54) BVerfG NJW 1963, 1195;
Seit BGHSt 8, 266 st. Rspr.;
Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 464;
Dreher, StGB, Anm. 1 zu § 142;
Dünnebier, GA 1957, 43;
Rüth in LK, Rdnr. 1 zu § 142.

rechtlichen Folgen fällt nicht unter § 142 StGB. Zu Recht weist der BGH ⁵⁵⁾ darauf hin, daß sonst die passive Feststellungspflicht des Betroffenen auf ein Gebot zur Selbstanzeige hinausliefe, das unserer Rechtsordnung fremd und auch in § 142 StGB nicht enthalten sei. Trotzdem darf man die Verquickung der strafrechtlichen mit der zivilrechtlichen Seite nicht übersehen. Mit der Feststellung der zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche ist fast immer die Ermittlung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit verbunden, so daß dann § 142 StGB doch auf eine Selbstbezichtigung hinausläuft, obwohl dies nicht der Sinn und Zweck der Vorschrift ist. Nach BGH ⁵⁶⁾ hat bei einer derartigen Kollision das Gesetz diese Folge notfalls als unvermeidlich in Kauf genommen. Auch die Amtliche Begründung zum Entwurf 1962 ⁵⁷⁾ bezeichnet das Feststellungsinteresse des Unfallbeteiligten als das "stets höherwertige" gegenüber dem Streben des Täters, sich der Strafverfolgung zu entziehen. Das Verbot des Selbstbelastungszwanges tritt also zurück.

Ähnlich liegen die Dinge bei der Fahrtenbuchauflage nach § 31 a StVZO. Auch hier hat Rupp ⁵⁸⁾ die Verfassungsmäßigkeit mit dem Hinweis auf die damit verbundene Selbstbezichtigung angezweifelt. Das BVerwG ⁵⁹⁾ räumt ein, daß die Eintragungen im Fahrtenbuch die Ermittlung des Kraftfahrers und dadurch seine Bestrafung erleichtern. Der gesetzgeberische Zweck der Vorschrift, solche Kraftfahrer, welche Leben, Gesundheit und Eigentum anderer Verkehrs-

55) BGHSt 8, 266.

56) NJW 1956, 1326.

57) S. 530.

58) Gutachten zum 46. DJT Bd. I S. 178.

59) BVerwGE 18, 109.

teilnehmer verletzen, zu erfassen, um sie aus dem Verkehr auszuschalten, rechtfertige jedoch diese Folge.

Unter dem Gesichtspunkt der unechten Unterlassung kann der Verdächtige durch sein Schweigen mit den verschiedensten Strafgesetzen in Konflikt geraten, wenn er durch vorausgegangenes gefährliches Tun eine Lage geschaffen hat, in der ihn eine Rechtspflicht zum Reden trifft. Eine solche Rechtspflicht hat die Rspr.⁶⁰⁾ z.B. dann bejaht, wenn eine Prozeßpartei durch wahrheitswidriges Bestreiten die Vernehmung eines vom Prozeßgegner benannten Zeugen veranlaßt hat. Die bestreitende Partei müsse in einem solchen Fall eine vorsätzliche Eidesverletzung des Zeugen durch Bekennen der Wahrheit verhindern, auch wenn sie damit einen von ihr begangenen - damals noch strafbaren - Ehebruch offenbaren müßte. Andernfalls mache sie sich wegen Beihilfe zum Meineid strafbar. In Übernahme dieser Rspr. hat das OLG Hamm⁶¹⁾ die nämliche "Meineidshinderungspflicht" dem die Tat leugnenden Angeklagten in einem Strafverfahren auferlegt⁶²⁾. Auch echte Unterlassungsdelikte, z.B. § 330 c StGB, können eine Pflicht zur Selbstanzeige begründen. "Die Gefahr, sich bei Erfüllung der Hilfspflicht der Strafverfolgung wegen Verkehrsvergehens oder wegen einer anderen Straftat auszusetzen, vermag ihn hiervor (vor einer Bestrafung aus § 330 c StGB) nicht zu schützen"⁶³⁾. Ganz allgemein

60) BGHSt 3, 18 f;
RGSt 72, 20.

61) HEST 2, 242.

62) Die Entscheidung des OLG Hamm ist allerdings im Schrifttum auf Kritik gestoßen. Vgl. Maurach, Deutsches Strafrecht, BT, S. 479; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 189; Walder, Die Vernehmung des Beschuldigten, S. 85.

63) BGH JZ 1958, 507.

erklärt der BGH ⁶⁴⁾, daß das natürliche Recht auf Selbstschutz bei Gefahr selbst schwerer Bestrafung zurücktreten müsse, wenn zur Verdeckung einer eigenen Straftat oder zur Vermeidung des Verdachts einer solchen in die strafrechtlich geschützte Rechtsordnung eingegriffen werden müßte ⁶⁵⁾. Daß dies auch für eine Unterlassungshandlung gilt, geht aus den Urteilen eindeutig hervor.

Fast unübersehbar ist die Anzahl der Auskunftspflichten im Verwaltungsrecht. Thomä hat in seiner Schrift "Auskunfts- und Betriebsprüfungsrecht der Verwaltung" ⁶⁶⁾ mehr als 100 solche sondergesetzlichen Regelungen tabellarisch zusammengestellt. Man benötigt nicht viel Fantasie, um in zahlreichen Fällen daraus eine Verpflichtung zur Selbstanzeige zu konstruieren. Trotzdem enthalten die Gesetze bei einer derartigen Kollision keine Befreiungsvorschrift. Wir sehen, daß das Schweigerecht nicht immer überwiegt. Der Verdächtige kann in bestimmten Fällen zum Reden, kann zur Selbstanzeige verpflichtet sein. Wo verläuft nun die Grenze zwischen Schweigerecht und Auskunftspflicht? Kann man beliebig gesetzliche Auskunftspflichten schaffen? Wann bildet das Schweigerecht eine Barriere, die nicht überschritten werden darf? Die Antwort auf diese Fragen muß sich aus der positivrechtlichen Rechtsgrundlage der Einlassungsfreiheit ergeben.

64) JZ 1950, 507; BGHSt 3,19.

65) Welzel, JZ 1958, 496 hält diesen Satz für falsch.

66) 1955 S. 95 ff.

III. Die Rechtsgrundlage des Schweigerechts

Daß § 136 I StPO nicht Rechtsgrundlage des Schweigerechts sein kann, haben wir bereits nachgewiesen, die Vorschrift als reine prozessuale Regelung des Schweigens des Beschuldigten lediglich unter dem Aspekt einer vom Verfahrensrecht anerkannten und zugelassenen "Verteidigungsmöglichkeit" ⁶⁷⁾ analysiert. Nun gilt es, die materiellrechtlichen, konkreter die verfassungsrechtlichen Bezüge herzustellen. Denn mit der Feststellung, das Schweigen sei eine prozessual zulässige Möglichkeit der Verteidigung, darf man sich nicht begnügen ⁶⁸⁾, sondern man muß bis zur materiellrechtlichen Wurzel vordringen. Mit der Qualifizierung des Schweigerechts als echtes materielles Recht befinden wir uns in guter Gesellschaft ⁶⁹⁾. Soweit das Problem überhaupt erörtert wird, herrscht in diesem Punkt weitgehend Einigkeit. Dagegen wird die Frage der richtigen Einordnung im materiellen Rechtssystem unterschiedlich beantwortet.

1. Als Grundlage des Schweigerechts wird nicht selten Art. 1 I GG genannt. Der BGH ⁷⁰⁾ sieht in § 136 I S. 2 StPO eine Verwirklichung des Leitgedankens der Menschenwürde. Kunert ⁷¹⁾ bezeichnet das Recht des Beschuldigten, zu schweigen, sogar als einen wesentlichen Inhalt der Menschenwürde.

67) Kleinknecht, Kriminalistik 1965, 452.

68) So jedoch Walder, Die Vernehmung des Beschuldigten, S. 76, 224, 225, der ein Recht zum Schweigen ablehnt.

69) Siehe Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 176;
Eb. Schmidt, NJW 1968, 1213;
Wessels, JuS 1966, 171;
Ferner: Castringius, Schweigen und Leugnen des Beschuldigten im Strafprozeß, S. 40 ff;
Kunert, MDR 1967, 539.

70) BGHSt 14, 364.

71) MDR 1967, 539.

Auch Kleinknecht ⁷²⁾ leitet den Grundsatz, niemand brauche gegen sich selbst auszusagen, aus Art 1 GG ab. Unabhängig davon, ob Art 1 GG tatsächlich die Freiheit von jeglichem Selbstbelastungszwang garantiert, begegnet diese Meinung rein methodischen Bedenken. Die Würde des Menschen ist - und darüber besteht Einigkeit - ein absolut geschützter unantastbarer Kernbereich, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist ⁷³⁾, und deshalb auch nicht eingeschränkt werden kann. Folglich müßten bei konsequenter Fortführung der genannten Ansicht alle Gesetze, die auf eine Selbstbezüglichung hinauslaufen, an Art 1 GG scheitern ⁷⁴⁾. Wir haben jedoch gesehen ⁷⁵⁾, daß der Grundsatz, nemo tenetur se ipsum accusare, nicht unbeschränkt gilt, sondern in zahlreichen Gesetzen eine Grenze findet, deren Vereinbarkeit mit Art 1 GG kaum bezweifelt, jedenfalls von der h.M. niemals verneint worden ist ⁷⁶⁾. Die Würde des Menschen kann durch ein Selbstbezüglichungsverbot zwar tangiert, aber nicht in dem von Art 1 I GG geschützten Kernbereich getroffen sein.

72) StPO, Anm. 3 zu § 136;
ähnlich Schorn, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, S. 72;
vgl. auch Hamann, Das Grundgesetz, Anm. B, 3 b zu Art 1, der den auf eine Pflicht zur Selbstbezüglichung hinauslaufenden § 142 StGB als bedenklich bezeichnet.

73) BVerfGE 6, 41;
BGHZ 5, 298; 6, 279; 30, 11;
BGHSt 5, 333;
Bockelmann, GA 1955, 335;
Dürig, JZ 1957, 169;
Habscheid, Gedächtnisschrift für H. Peters, S. 856 f.

74) Mit dieser Folgerichtigkeit lediglich Hamann, Das Grundgesetz, Anm. B, 3 b zu Art 1; dagegen ausdrücklich Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Rdnn 29 zu Art. 1, Fußn. 1.

75) oben S. 163 ff.

76) Vgl. BVerfG NJW 1963, 1195.

Auch aus einem weiteren Grunde erscheint Art 1 GG nicht als richtiger Ausgangspunkt. Art 1 GG räumt dem Einzelindividuum kein Grundrecht im Sinne eines unmittelbar vollziehbaren und durchsetzbaren subjektiven öffentlichen Rechts ein ⁷⁷⁾. Seine Bedeutung erschöpft sich in einer objektiven Wertentscheidung, die auf die Interpretation anderer Normen, insbesondere der mit Art 2 I GG beginnenden Grundrechte ausstrahlt. Insofern hat er nur wertausfüllenden Charakter, aber keine rechtsbegründende Wirkung. Deshalb können wir Art 1 GG nicht zur Begründung eines Schweigerechts heranziehen.

2. Das Recht, auf die Frage nach einer eventuellen Straftatbegehung zu schweigen, ist identisch mit der Freiheit von jeglicher Aussagepflicht und damit bei den Freiheitsrechten einzuordnen. Bereits § 136 StPO enthält einen derartigen Hinweis, indem er davon spricht, daß es dem Beschuldigten "freistehe", sich zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. In den Art 2 I ff GG sind verschiedene Erscheinungsformen der Freiheit zu einem subjektiven öffentlichen Recht erhoben, die wegen des engeren oder weiteren Schutzbereiches voneinander getrennt werden müssen. Aus Gründen der Systematik muß eine Subsumtion mit Art 2 II GG beginnen, da Art 2 I GG im Verhältnis zu den nachfolgenden speziellen Freiheitsrechten inhaltlich überall dort zurücktritt, wo sein Freiheitsgehalt thematisch von den in Abs. II beginnenden speziellen Freiheitsrechten verbraucht ist ⁷⁸⁾. Art 2 I GG steht also zu diesen Freiheits-

77) Ganz h.M. vgl.: Dühig in Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Rdnr. 4 zu Art. 1 und Fußn. 1 und 2.

78) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Rdnr. 6 zu Art. 2 I,

rechten im Verhältnis der lex generalis zur lex specialis ⁷⁹⁾. Wessels ⁸⁰⁾ sieht die Wurzel des Schweigerechts in Art 2 II S. 2 GG. Die Freiheit der Person in Art 2 II S. 2 GG beschränkt sich jedoch auf die Freiheit der Verfügung über den Körper, also auf die Freiheit der Bewegung, in die namentlich durch Festhalten, zwangsweise ^{Vorführung}, Fesselung und Einsperrung eingegriffen wird ⁸¹⁾. Sie deckt sich nicht mit der Freiheit der EntschlieÙung, die durch Gebote und Verbote tangiert wird ⁸²⁾. Insbesondere bedeutet sie nicht die Freiheit von jeglichem staatlichen Zwang ⁸³⁾. Eine Aussagepflicht berührt die Bewegungsfreiheit in keiner Weise. Hier wird ein innerer Bereich angesprochen, der die Freiheit der WillensentschlieÙung betrifft und mit einem Verfügungsrecht über den Körper auch im weitesten Sinne nichts zu tun hat.

Ein Gebot zu einer Aussage über die eigene Straftatbegehung wirkt auf den Willensbildungsprozeß ein. Der Einzelne ist innerlich nicht mehr frei, ob er sich äußert oder schweigt. Ihm wird durch Gesetzes- oder Verwaltungsbefehl ein bestimmtes Handeln vorgeschrieben. Zwar wird seine Willensbildung und -betätigung in dieser oder jener Richtung nicht vollkommen ausgeschlossen, wie z.B. durch Verabreichung von Wahrheitsdrogen, durch Anwendung der Narkoanalyse

79) Nipperdey in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV 2, S. 762; im Ergebnis ebenso: BVerfGE 6, 37; 9, 73, 343; 10, 58; 19, 225; Niemöhlmann in Ingo von Münch, Grundgesetz, Bd. I Rdnr. 58, 59 zu Art. 2.

80) JuS 1966, 171.

81) Kern in Neumann-Nipperdey-Schenner, Die Grundrechte, Bd. II, S. 66.

82) Kern aaO.

83) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Rdnr. 49 zu Art. 2 Abs. II;
v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Anm. VI 2 a zu Art. 2;
a.A. Wernicke in Bonner Kommentar, Erl. II 2 d zu Art. 2.

oder anderer chemischer oder psychotechnischer Mittel, sondern nur beeinträchtigt oder beeinflusst. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß hier die Freiheit der Willensentschließung betroffen ist. Auch eine sanktionslose Vorschrift hat je nach der Einstellung des Bürgers zu staatlichen Geboten und Verboten eine mehr oder minder starke Wirkung auf den Willensbildungsprozeß. Die Sanktion betrifft nur das Maß der Beeinträchtigung und kann schließlich bei entsprechend hoher Strafandrohung die Willensfreiheit vollkommen ausschließen. Damit haben wir das Schweigen auf die Frage nach einer Straftatbegehung als Erscheinungsform der Entschließungsfreiheit gedeutet. Nachdem für diesen Bereich spezielle Freiheitsrechte versagen, ist der Rückgriff auf Art 2 I GG als "Auffangsgrundrecht" ⁸⁴⁾ zulässig und geboten. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist nämlich nicht nur von der aktiven Seite her zu sehen. Sie umfaßt nicht allein tätigkeitsbezogene Äußerungsformen des menschlichen Lebens ⁸⁵⁾, sondern schließt auch die Freiheit zum Nichthandeln mit ein ⁸⁶⁾. "Die Formulierung des Art 2 Abs 1 GG akzentuiert zwar besonders die aktive Gestaltung der Lebensführung durch den Grundrechtsträger selbst. Diese setzt aber die Freiheit von unberechtigten Eingriffen der Staatsgewalt voraus" ⁸⁷⁾. Das Recht zu schweigen, das zur Erscheinungsform der Entschließungsfreiheit gehört, findet somit seine Rechts-

84) Niemöhlmann in Ingo von Münch, Grundgesetz, Rdnr. 3 zu Art. 2;
Nipperdey in Bettermann-Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV 2, S. 762.

85) So jedoch Hamann, Grundgesetz, Anm. B 3 zu Art. 2:
Entfalten heißt tätig werden;
auch Wernicke, BK, Anm. II 1 a zu Art. 2.

86) Nipperdey in Bettermann-Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV 2, S. 768 Fn. 121;
siehe auch Roemer, Festschrift Deutscher Juristentag (1960) Bd. I S. 545.

87) BVerfGE 9, 88.

grundlage in Art 2 I GG⁸⁸⁾. Mit diesem Ergebnis ist zugleich eine weitere Feststellung verbunden: Das Schweigerecht gilt für jedermann⁸⁹⁾. Denn der Geltungsbereich des Art 2 I GG ist - anders als § 136 StPO - nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt. Der Verdächtige kann sich daher bei einer Befragung ebenso auf sein Schweigerecht berufen wie der Beschuldigte bei einer Vernehmung. Ein Unterschied besteht nur hinsichtlich der Belehrungspflicht der Strafverfolgungsorgane.

Mit der Herleitung des Schweigerechts aus Art 2 I GG ist noch nicht viel gewonnen, solange nicht bestimmt ist, ob und inwieweit dieses Recht eingeschränkt werden kann. Die Grenzen der allgemeinen Handlungsfreiheit und somit auch des Schweigerechts ergeben sich aus Art 2 I GG selbst, nämlich aus den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen⁹⁰⁾ Ordnung und dem Sittengesetz. Daß niemand einen Anspruch darauf hat, daß sich der Verdächtige äußert, bedarf keiner gesonderten Begründung⁹¹⁾. Nicht so einfach kann die Frage beantwortet werden, ob das Sittengesetz gebietet, daß sich der Verdächtige verantwortet. Die Motive⁹²⁾ sprechen ausdrücklich von einer "sittlichen Pflicht zur Angabe der Wahrheit". Dabei darf man jedoch nicht übersehen, daß der Begriff "Sittengesetz" in Art 2 Abs 1 GG

88) So auch Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 176; Castringius, Schweigen und Leugnen des Beschuldigten im Strafprozeß, S. 45.

89) So ausdrücklich Niese, ZStrW 63, 220.

90) Vgl. zum Begriff der "Rechte anderer": v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Anm. IV 1 a zu Art. 2.

91) Auch von einem "Recht" des Opfers kann man nicht sprechen. Vgl. zu diesem Gedanken: von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Anm. III 5 a zu Art. 1; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, RdNr. 37 zu Art. 2 I.

92) Hahn, Materialien, Bd. III, S. 139.

nicht identisch ist mit der Sittlichkeit schlechthin ⁹³⁾, deren Gebote als "Idealgesetze" ⁹⁴⁾ ein bestimmtes Sollen vorschreiben, ohne Rücksicht darauf, ob es tatsächlich von den Menschen erfüllt wird. Aus dem sittlichen Gebot, freiwillig zu seinen Taten oder Untaten zu stehen, sich zu verantworten und zu sühnen, kann man nicht ohne weiteres auf eine entsprechende rechtliche Verpflichtung schließen. Daher schreibt Sarstedt ⁹⁵⁾ zu Recht: "Von sittlichen Pflichten schweigt man in diesem Zusammenhang besser". Größere Schwierigkeiten bereitet die dritte Schranke, die "verfassungsmäßige Ordnung", zumal der Begriff in Rechtsprechung und Schrifttum sehr unterschiedlich interpretiert wird. Dürig ⁹⁶⁾ zählt zur verfassungsmäßigen Ordnung nur solche Normen, die von der Verfassung zugunsten der Gemeinwohlinteressen gefordert werden; ähnlich Huber ⁹⁷⁾, der von "überragenden Forderungen des Gemeinwohls" spricht. Auch von Mangoldt-Klein ⁹⁸⁾ legen den Begriff restriktiv aus und rechnen hierzu nur die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers. Der gegensätzlichen Ansicht ist das BVerfG: "Verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art 2 Abs 1 GG ist die verfassungsmäßige Rechtsordnung, d.h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß

93) Siehe hierzu Laufke, Festschrift für Heinrich Lehmann 1956, Bd. I, S. 145 ff;
Dürig, AÖR 79 S. 63;
Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Rdnr. 16 zu Art. 2 I.

94) Radbruch, Einführung S. 15.

95) Löwe-Rosenberg, Anm. 5 b zu § 136.

96) In Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 19 zu Art. 2 I.

97) DÖV 1956, 136.

98) Das Bonner Grundgesetz, Anm. IV 2 zu Art 2.

sind" 99). Ein Gesetz gehört demnach schon dann zur verfassungsmäßigen Ordnung, wenn es nicht gegen die übrige Verfassung verstößt und den Wesengehalt des Art 2 I GG unangetastet läßt. Die Interpretation durch das BVerfG dürfte trotz aller Kritik 100) zutreffend sein. Im Hinblick auf die Stellung des BVerfG wird sie der Praxis der Exekutive zugrunde gelegt. Allerdings ist der Vorwurf nicht von der Hand zu weisen, durch eine solche Auslegung werde das "Hauptfreiheitsrecht des Art 2 Abs 1 GG seiner eigentlichen Funktion entkleidet und erheblich entwertet" 101). Auch für uns erhebt sich angesichts der Rechtsprechung des BVerfG die Frage, ob das Schweigerecht des Verdächtigen dadurch eingeschränkt oder sogar beseitigt werden kann, indem man ihm eine gesetzliche Auskunftspflicht auferlegt.

Das BVerfG war seit jeher bemüht, das Grundrecht des Art 2 Abs 1 GG nicht "leerlaufen" zu lassen 102). Aber erst mit der Einführung des "Prinzips der Verhältnismäßigkeit und dessen Anerkennung grundrechtlicher Bindungskraft bei Art 2 Abs 1" 103) lieferte das BVerfG 104) ein brauchbares Kriterium um die Verfassungskonformität eines Gesetzes an Art 2 I GG unmittelbar zu messen. Ein Gesetz kann die allgemeine Handlungsfreiheit

99) BVerfG 6, 32, Leitsatz.

100) Vgl. Nipperdey in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd.4, 2. Hlbbd., S. 791 ff und die dort aufgeführte Literatur.

101) Nipperdey aaO, S. 799

102) S. BVerfGE 6, 40.

103) Rupp, NJW 1966, 2039.

104) BVerfGE 20, 150, 159;
siehe auch: BVerfGE 17, 313 f; 18, 325; 19, 96, 98 f.;
19, 126 ff; 19, 226 ff; 20, 186 f; 20, 331; 22, 26 f.

nicht wirksam einschränken, wenn es dem Gebot der Verhältnismäßigkeit widerspricht¹⁰⁵⁾. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das im Rechtsstaatsprinzip des Art 20 GG seinen positivrechtlichen Niederschlag findet, bietet auch für uns die Lösung des eingangs aufgeworfenen Problems, wo die Grenze zwischen Aussagepflicht und Schweigerecht verläuft. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt, daß bei einer hoheitlichen Maßnahme, die die Rechtssphäre des einzelnen berührt, das Verhältnis vom Mittel und Zweck als angemessen erscheinen muß¹⁰⁶⁾. Diesem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne¹⁰⁷⁾ ist vorgelagert die Frage nach der Geeignetheit oder Zulässigkeit des Mittels und des Zweckes¹⁰⁸⁾. Erst wenn feststeht, daß Eingriffszweck und -mittel legitim sind¹⁰⁹⁾, kann sich die Prüfung der Mittel-Zweck-Relation anschließen. In dieser Reihenfolge müssen wir auch bei der Untersuchung der Einschränkbarkeit des Schweigerechts vorgehen.

Der Zweck, der mit einer etwaigen Auskunftspflicht des Verdächtigen verfolgt wird, ist die Wahrheitserforschung im Strafprozeß. Die Legitimität dieses Zweckes bedarf keiner gesonderten Begründung. Obgleich im Gesetz nicht ausdrücklich niedergelegt, steht der gesamte Strafprozeß unter der Leitidee der materiellen Wahrheitsforschung. Doch "heiligt" er keineswegs alle zur Erreichung geeignet erscheinenden Mittel. "Es ist ... kein Grundsatz

105) Vgl. BVerfGE 20, 155;
Leibholz-Rinck, Grundgesetz, Anm. 3 zu Art. 2;

106) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 19;
Wittig, DÖV 1968, 817.

107) Von Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 15 ff.

108) Wittig, DÖV 1968, 817.

109) Vgl. Gentz, NJW 1968, 1601 f.

der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte" ¹¹⁰⁾. Vielmehr ist die Maxime der Wahrheitserforschung "an die Kette der Justizförmigkeit gelegt" ¹¹¹⁾. So sind z.B. die in § 136 a I StPO genannten Vernehmungsmethoden verboten; Tagebücher dürfen nicht gelesen ¹¹²⁾, Tonbänder nicht abgehört werden ¹¹³⁾, selbst wenn dadurch die Wahrheit ans Tageslicht käme. Auch "im Spannungsverhältnis zwischen Aussagefreiheit und Wahrheitserforschung hat diese zurückzustehen. Der Vorrang gebührt der Aussagefreiheit" ¹¹⁴⁾. Niemand, weder der Verdächtige noch der Beschuldigte, dürfen im Strafprozeß zu einer Auskunft über die mögliche eigene strafrechtliche Beteiligung gezwungen werden. Das Mittel des Selbstbelastungszwanges zum Zwecke der Wahrheitserforschung im Strafprozeß ist unzulässig. Damit können wir die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sofort abbrechen. Bereits der erste Schritt im Rahmen dieser Prüfung, die Frage nach dem legitimen Zweck, hat die Grenzen der Auskunftspflicht des Verdächtigen aufgezeigt: Zum Zwecke der Strafverfolgung ist dessen Schweigerecht nicht einschränkbar. Er kann insoweit zu keiner Auskunft verpflichtet werden. Eine derartige Aussagepflicht würde gegen Art 2 Abs 1 GG i.V.m. Art 20 GG (Rechtsstaatsprinzip) verstoßen ¹¹⁵⁾. Der Geltungsbe-

110) BGHSt 14, 365.

111) Eser, ZStrW 79, 569.

112) BGHSt 19, 325.

113) BGHSt 14, 358.

114) Stree, JZ 1966, 600.

115) Daß der Angeklagte schweigen darf, entnimmt der BGH (BGHSt 25, 300) zutreffend den "Grundsätzen eines rechtsstaatlichen, fairen Verfahrens". Allerdings ergibt sich entgegen BGHSt 25, 300 ein solches Recht des Angeklagten nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip, sondern aus Art. 2 Abs 1 GG. Die Grundsätze des rechtsstaatlichen, fairen Verfahrens gewährleisten nur die Uneinschränkbarkeit dieses Rechts.

bereich des Schweigerechts orientiert sich also in erster Linie am Zweck, dem die verlangte Auskunft dienen soll. Will die Polizei mit ihrem Auskunftsverlangen andere Zwecke als die der Strafverfolgung der betroffenen Person erreichen, stehen einem entsprechenden Aussageverbot die aufgezeigten Bedenken nicht im Wege, selbst wenn infolge einer untrennbaren Verquickung mehrerer Zwecke die Aussage auch für die Strafverfolgung von Bedeutung sein könnte, wie dies das Beispiel des § 142 StGB deutlich werden ließ.

IV. Der sachliche Umfang des Schweigerechts

Die h. M. trennt zwischen Personalangaben und Sachangaben. Das Schweigerecht des Beschuldigten soll sich nur auf letztere beziehen. Zur Begründung, weshalb zwischen beiden Kategorien unterschieden werden müsse, verweist man auf §§ 136 I Satz 2, 243 IV Satz 1 StPO, die nur eine Belehrung des Beschuldigten über sein Schweigerecht zur Sache vorsehen. Aber ebensowenig, wie aus dem Fehlen der Belehrungspflicht auf ein Gebot zum Reden geschlossen werden kann, ergeben sich aus den angeführten Vorschriften diesbezügliche Rückschlüsse auf den Umfang des Schweigerechts. Der Umfang des Schweigerechts ist vielmehr im Wege der Auslegung zu ermitteln.

1. Zunehmend ist die Meinung im Vordringen begriffen, daß die Vernehmung zur Sache nicht nur "die Umstände der den Gegenstand der Anklage bildenden Tat" ¹¹⁶⁾ erfasse, sondern auch Angaben zum Lebensgang, aus denen Anhaltspunkte zur Schuldfrage oder zum Maß der Schuld gewonnen werden ¹¹⁷⁾. Nach dieser, auch vom BGH ¹¹⁸⁾ für vertretbar gehaltenen Meinung würde sich das Schweigerecht ebenfalls auf derartige Angaben beziehen.

Wenn wir nun negativ diejenigen Angaben ausklammern, die nach h. M. der Beschuldigte nicht verschweigen darf, so stoßen wir zwangsläufig wieder auf die in § 111 OWiG genannten Personalien: Name, Geburtsort, Geburtstag, Familienstand, Beruf, Wohnort, Wohnung, Staatsangehörigkeit. Gewichtige Gründe sprechen

¹¹⁶⁾ BayObLGSt 1971, 44.

¹¹⁷⁾ Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., S. 174/175;
Kleinknecht, StPO, Anm. 5 zu § 243;
Peters, Strafprozeß, S. 488;
Blau, ZStrW 81, 31, 35.

¹¹⁸⁾ NJW 1974, 1571.

jedoch dafür, daß der Beschuldigte und der Verdächtige auch hinsichtlich der Personalien ein Schweigerecht haben.

Die Personenidentität läßt sich vielfach gar nicht von der "Tat" trennen. Angaben über sie können schon Aussagen zur Sache sein oder doch Schlüsse auf die Sache ermöglichen ¹¹⁹⁾. Auch Sarstedt ¹²⁰⁾ gibt dies zu: "Wenn etwa feststeht, daß der Täter eines Diebstahls Felix Krull heißt und in Eltville geboren ist, dann ist die Angabe: "ich heiße Felix Krull, geboren in Eltville", eine Aussage von höchstem Interesse für die Sache". Solange die Polizei nur durch Zufall die Identität einer angehaltenen Person mit einem gesuchten Straftäter entdeckte oder allenfalls anhand des meist veralteten Fahndungsbuches feststellen konnte, hatte der Verdächtige noch eine reelle Chance, unerkannt zu bleiben, wenn er wahrheitsgemäß seine Personalien angab. Diese Zeiten sind vorbei. ✓ Anfang des Jahres 1974 wurde im Bundeskriminalamt in Wiesbaden das elektronische Polizei-Informationssystem INPOL in Betrieb genommen. Kernstück des INPOL-Systems ist das BKA-Rechenzentrum. In ihm sind die Daten über ca. 130.000 gesuchte Personen gespeichert. Erscheint dem im Einsatz befindlichen Polizeibeamten eine angehaltene Person verdächtig, ruft er über Funkvermittlung eine Datensichtstation an, die bei allen Landespolizeidirektionen errichtet sind ¹²¹⁾. Die Datensichtstation nimmt Name, Vorname und Geburtsdatum des Verdächtigen auf und gibt die Daten an den Zentralcomputer durch. Von dort erscheint binnen Sekunden die Auskunft auf dem Bildschirm. Sie lautet entweder "Keine Fahndungsnotierung" oder "Festnahme"

119) Eb. Schmidt, ~~Lehrk~~ Nachtrag zu Teil II, Erl. 17 zu § 136.

120) In Löwe-Rosenberg, Anm. 12 a zu § 136.

121) Oder, falls noch nicht geschehen, errichtet werden sollen.

"Gefährlich, Festnahme, Vorsicht Schußwaffen". Da eine Person ja immer im Zusammenhang mit der Begehung einer bestimmten Straftat gesucht wird, bedeutet die Personalangabe des Verdächtigen bei der geschilderten Überprüfung jedesmal eine diesbezügliche Sachangabe. Man kann den Gedanken noch weiterverfolgen. Wenn eine Person gefälschte Ausweispapiere mit sich führt, können Angaben zur Sache und zur Person auch rein theoretisch nicht mehr getrennt werden. Bei wahrheitsgemäßer Kundgabe der Personalien gibt der Verdächtige zugleich zu, die Ausweispapiere mittels Begehung einer Straftat an sich gebracht zu haben, was je nach dem durch eine mittelbare Falschbeurkundung, durch Gebrauchmachen ^{von} falschen Beurkundungen, durch Urkundenfälschung oder durch Hehlerei geschehen sein kann. Von diesem Sonderfall abgesehen kann man beim INPOL-System die praktischen Auswirkungen der Personalangabe im Hinblick auf die sachliche Belastung nicht außer acht lassen und muß auch die entsprechenden theoretischen Konsequenzen ziehen.

Aber nicht nur der Name, auch die Übrigen in § 111 OWiG genannten Angaben können den Befragten sachlich belasten. Im Imiela-Prozeß wertete das Gericht die vom Angeklagten ausgeübte Tätigkeit als Jäger als gewichtiges Indiz für seine Täterschaft, da die Leiche "waidgerecht zerlegt" war. Die Staatsangehörigkeit spielt heute bei der ansteigenden Ausländerkriminalität eine zunehmende Rolle für die Ermittlung des Täters. Wohnort und Wohnung können im Einzelfall ebenfalls indizienträftig sein. Wessels ¹²²⁾ möchte dagegen dem Befragten nur dann einen Rechtfertigungsgrund zur Verweigerung der Aussage zubilligen, wenn er sich im konkreten Einzelfall durch die Personalangabe in der Sache belastet. Diese Meinung ist in der Praxis nicht durch-

122) JuS 1966, 176.

föhrbar. Denn nur selten weiß der Verdächtige, ob er sich durch die Angabe der Personalien sachlich belastet. Dies hängt nämlich wesentlich davon ab, welche Erkenntnisse die Strafverfolgungsbehörden bereits über den Täter gesammelt haben. Die Strafverfolgungsbeamten pflegen aber diese Erkenntnisse dem Verdächtigen nicht schon vor der Frage nach den Personalien mitzuteilen, so daß er bei der Befragung über einen etwaigen Rechtfertigungsgrund im unklaren bleibt. Zudem kann vom Verdächtigen die "selbstkompromittierende Angabe von Verweigerungsgründen" ¹²³⁾ nicht verlangt werden ¹²⁴⁾.

2. Daß eine Vernehmung zum Lebensgang, die irgendwie auf die Beurteilung der Tat oder etwaiger Sanktionen Bezug hat, zur Vernehmung zur Sache gehöre, begründen die Vertreter dieser Meinung mit Strafzumessungserwägungen unter Hinweis auf § 13 StGB ¹²⁵⁾. Die Meinung ist zutreffend. Denn Angaben, die auf die Höhe der Strafzumessung Einfluß haben, stellen eine strafrechtliche Belastung dar, und eine etwaige Pflicht zur Aussage verstößt gegen den Grundsatz "nemo tenetur, se accusare". Bei näherer Betrachtung erweisen sich aber fast alle in § 111 OWiG genannten Angaben als strafzumessungsrelevant:

a) Name, Geburtsort und Geburts~~tag~~.

Durch die Preisgabe des Namens des Geburtsortes und Geburtstages wird es den Strafverfolgungsbehörden ermöglicht, die Vorstrafen des Verdächtigen festzustellen. "Daß die Vorstrafen ... in der Strafzumessungspraxis der Gerichte eine große Rolle spielen, ist allgemein bekannt...." ¹²⁶⁾. Sie wirken sich, soweit

123) Eser, ZStrW 79, 576.

124) Seebode, MDR 1970, 186.

125) Kleinknecht, StPO Anm. 5 zu § 243;
Blau ZStrW 81, 31, 35;
Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 174/175;
Peters, Strafprozeß, S. 488;
BayObLG 1971, 44.

126) Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 579.

sie bei der Strafzumessung verwertet werden dürfen ¹²⁷⁾, immer belastend aus und können, wenn sie für den Verdächtigen die Voraussetzungen des § 48 StGB erfüllen, zu einer empfindlichen Verschärfung der Strafe führen.

b) Der Beruf.

Der Beruf kann ebenfalls die Höhe der Strafe nachteilig beeinflussen ¹²⁸⁾. Vor allem aber lassen sich aus dem Beruf häufig Rückschlüsse auf die finanzielle Lage ziehen. Die wirtschaftlichen Verhältnisse spielen bei der Strafzumessung eine doppelte Rolle. Einmal treten sie als Motiv (Beweggrund) oder Zweck der Straftat in Erscheinung und gehören damit in die Obergruppe "seelische Wurzeln" der Tat ¹²⁹⁾, zum anderen beeinflussen sie unter dem Gesichtspunkt der Strafeempfänglichkeit die Höhe der Geldstrafe ¹³⁰⁾. Aus dem Beruf lassen sich vor allem Rückschlüsse auf die soziale Stellung des Betreffenden ziehen, die ebenfalls einen realen Strafzumessungsgrund darstellt, aber mit besonderer Vorsicht behandelt werden muß ¹³¹⁾. "Nach BGH MDR 1966, 26 kann die soziale Stellung des Täters einen zulässigen Strafzumessungsgrund bilden, wenn von ihm wegen seiner beruflichen Aufgaben und der damit verbundenen Pflichten der Allgemeinheit gegenüber ein erhöhtes Verantwortungsbeußtsein erwartet werden kann und ein Mindestmaß an inneren Beziehungen zwischen dem beruflichen Pflichtenkreis und der Straftat vorliegt" ¹³²⁾.

127) Vgl. hierzu Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 580 ff.

128) Vgl. hierzu Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 485 ff.

129) Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 494 und 548 ff.

130) Bruns, aaO S. 494 ff.

131) Vgl. hierzu Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 484 ff.

132) Bruns aaO.

c) Der Familienstand.

Er wird nur selten einen Ausschlag auf die Höhe der Strafe geben. Ich habe es jedoch selbst bei einer Strafverhandlung erlebt, daß der Angeklagte, der unzüchtige Handlungen an einem Kind vorgenommen hatte, schärfer bestraft wurde, weil er verheiratet war.

d) Wohnort und Wohnung.

Sie sind für die Strafzumessung unergiebig.

e) Staatsangehörigkeit.

Daß die Ausländereigenschaft des Täters nicht (mehr) strafrechtlich berücksichtigt werden darf, kann heute als gesicherte Lehre gelten¹³³⁾. Nach der Rechtsprechung des RG¹³⁴⁾ konnte dagegen die Verletzung des Gastrechts durch Ausländer strafscharfend verwertet werden¹³⁵⁾.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß Rechtsprechung und Lehre unter dem Druck der heutigen unerfreulichen Zeitercheinungen in diesem Punkt wieder umschwenken.

Damit erwiesen sich fast alle von der h.L. als angabepflichtig bezeichneten Personalien als strafzumessungsrelevant und daher für den Verdächtigen als äußerst gefährlich. Die Personalangaben können sowohl hinsichtlich der Tat, als auch der Strafzumessung zu einer schweren Belastung führen. Die künstliche Trennung, die die h.L. zwischen Personalangaben und Sachangaben macht, steht in direktem Widerspruch zu dem Grundsatz: Niemand darf gezwungen werden, sich selbst zu belasten, und entbehrt jeglicher inneren Rechtfertigung. Die aufgezeigten Gründe machen vielmehr deutlich, daß das Schweigerecht ein umfassendes sein muß.

133) Vgl. Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 510.

134) Z.B. JW 1932, 2997.

135) Vgl. auch Koffka in LK, RdNr. 70 zu § 13 StGB: Die Ausländereigenschaft braucht nicht, kann aber für die Strafzumessung von Bedeutung sein.

Schlußbemerkung

1. Als Resümee der vorangegangenen Untersuchung bleibt festzuhalten:

Der Verdächtige stellt neben dem Beschuldigten und Zeugen eine eigene prozessuale Figur von Auskunftspersonen im Ermittlungsverfahren dar. Es ist also nicht notwendig, ihm von vornherein die eine oder andere Rolle zuzuweisen. Für ihn gelten nicht die Vorschriften über die Vernehmung des Beschuldigten oder des Zeugen. Anwendbar bleiben lediglich die allgemeinen Bestimmungen der §§ 152 II, 160, 163 StPO. Polizei und Staatsanwaltschaft können - und müssen - jedoch den Verdächtigen formlos befragen, um Gesichtspunkte zu gewinnen, welche Rolle ihm letztlich zukommt. Konkretisiert sich der Verdacht infolge einer Befragung oder anderweitiger Ermittlungen auf ihn, muß ihn die Strafverfolgungsbehörde durch einen besonderen Willensakt zum Beschuldigten machen. Andernfalls kann er als Zeuge vernommen werden. Rechtsfehlerhaft wäre es, den Verdächtigen vor Ausschöpfung aller zu Gebote stehenden Ermittlungsmöglichkeiten sogleich als Zeugen zu vernehmen, um ihn womöglich hinsichtlich der ihm angelasteten Tat einer Aussagepflicht zu unterwerfen.

Den Verdächtigen trifft weder nach den §§ 152 II, 160, 163 StPO noch nach § 127 StPO eine Auskunftspflicht. Er kann sich auf Fragen zur Person und zur Sache in völliges Schweigen hüllen. Ähnlich wie dem Beschuldigten steht ihm ein verfassungsrechtlich verankertes Schweigerecht zu, das positivrechtlich aus Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werden kann.

Entgegen dem Wortlaut einiger Polizeigesetze der Länder über die Personalienfeststellung trifft ihn auch keine Pflicht, sich über seine Person auszuweisen. Soweit die Polizeigesetze eine derartige Verpflichtung auch für den Verdächtigen

statuieren, sind sie wegen Widerspruchs zu § 6 I Satz 1 EGStPO i. V. m. Art. 31, 72, 74 Nr. 1 GG unanwendbar. Unberührt bleibt dagegen ihre Anwendbarkeit, wenn im konkreten Einzelfall die Personalienfeststellung des Verdächtigen erforderlich erscheint, um eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu bannen.

Der Verdächtige begeht keine Ordnungswidrigkeit nach § 111 OWiG, wenn er die Angabe der Personalien gegenüber den Strafverfolgungsbehörden verweigert. Denn "zuständig" i. S. d. § 111 OWiG ist nur diejenige Behörde oder derjenige Amtsträger, dem ein hoheitliches Recht auf Erforschung der Personalien zukommt. Ein solches hoheitliches Recht der Strafverfolgungsbehörden ist nirgends ersichtlich.

2. Das Ergebnis, der Verdächtige sei zu keinerlei Auskünften gegenüber Staatsanwaltschaft und Polizei verpflichtet, läßt die Befürchtung aufkommen, die Strafverfolgung werde dadurch nicht unerheblich erschwert. Insofern bedarf die hier vertretene Meinung einer Praktikabilitätsprüfung. Zunächst darf man nicht übersehen, daß die meisten Verdächtigen zu Unrecht in Verdacht geraten sind. Diese sind in der Regel auch freiwillig bereit, auf eine Befragung hin den gegen sie bestehenden Verdacht zu zerstreuen. Bleiben somit diejenigen, die ein Motiv für ihr Schweigen haben, in erster Linie also die "wirklichen Täter" ¹⁾. Erklärungen "zur Sache" könnte man von ihnen nur fordern, wenn man sie als Zeugen vernehmen würde. Dieses Mittel erweist sich indes gegenüber dem wirklichen Täter als stumpfe Waffe. Denn der Wahrheitsgehalt einer solchen Aussage, soweit dem Zeugen als Täter nicht das Auskunftsverweigerungsrecht des

1) Dem Schweigen können aber auch andere Motive als die Täterschaft zugrunde liegen, weshalb der Schluß vom Schweigen auf die Täterschaft unzulässig ist.

§ 55 StPO zusteht und er davon Gebrauch macht, ist als äußerst gering zu veranschlagen. Die Strafdrohungen der §§ 154 ff StGB nützen da wenig, zumal sich der Betreffende unter Umständen auf die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens berufen könnte.

Die Personalienfeststellung spielt dagegen in der Praxis eine wichtigere Rolle. Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, daß der Verdächtige nach den Polizeigesetzen der Länder - soweit sie einschlägig sind - zur Personalienangabe verpflichtet ist und er eine Ordnungswidrigkeit nach § 111 OWiG begeht, wenn er die Angabe verweigert. Den praktischen Wert dieser Bestimmungen darf man jedoch nicht überschätzen. Auf "hartgesottene" Straftäter macht die Bußgelddrohung des § 111 OWiG wenig Eindruck. Auch kann sich die Polizei - außer in Bagatellfällen - mit der bloßen Personalangabe des Betreffenden nicht zufriedengeben. Sie muß die Möglichkeit haben, von dem Befragten entweder eine Legitimation durch Vorlage von Ausweispapieren zu verlangen oder ihn festzunehmen und seine Personalien zu überprüfen. Die erstgenannte Möglichkeit besteht nicht. Insbesondere gibt das Gesetz über Personalausweise vom 19. 12. 1950 - BGBI. S. 807 -, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. 6. 71 - BGBI. I S. 817 -, keine Handhabe, die Vorlage des Personalausweises zu fordern. Ein Polizeibeamter ist keine "zur Prüfung der Personalien ermächtigte Behörde" i. S. d. § 1 I Personalausweisgesetz ²⁾. Die Festnahme des Verdächtigen zum

2) Dagegen kann die Polizei nach § 4 II S. 2 StVZO von einem Kfz-Führer die Aushändigung des Führerscheins verlangen. Von dieser Möglichkeit macht die Polizei gegenüber Verdächtigen häufig Gebrauch.

Zwecke der Feststellung seiner Personalien ist dagegen auch nach der hier vertretenen Meinung im Rahmen des § 127 StPO zulässig. Unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird die Polizei den Verdächtigen zunächst um freiwillige Auskunft über seine Personalien und Vorlage von Ausweispapieren bitten und für den Fall der Weigerung auf die Möglichkeit der Festnahme hinweisen. Es soll jedoch nicht übersehen werden, daß wegen des beschränkten Anwendungsbereiches des § 127 StPO im Einzelfall die tatsächlichen Verhältnisse so liegen können, daß die Voraussetzungen des § 127 StPO nicht gegeben sind. Denn der Verdächtige muß entweder auf frischer Tat betroffen oder dringend verdächtig sein ³⁾. Diese Voraussetzungen werden nicht immer vorliegen. Insofern ist die StPO lückenhaft. Man könnte sie durch Einfügen der folgenden Vorschrift ergänzen:

"§ 127 b

(1) Die Staatsanwaltschaft und die Polizeibeamten sind befugt, den einer Straftat oder der Beteiligung an ihr Verdächtigen vorläufig festzunehmen, wenn seine Person nicht sofort festgestellt werden kann.

(2) Die Person des Festgenommenen ist unverzüglich festzustellen. Sofort nach dieser Feststellung, spätestens jedoch am Tage nach der Festnahme, ist er freizulassen, sofern kein Haftbefehl oder Unterbringungsbefehl gegen ihn erlassen wird."

Der Erlass eines solchen Gesetzes ist eine politische Entscheidung. Obwohl der Bundesgesetzgeber wiederholt auf diese Lücke der StPO hingewiesen worden ist, hat er davon abgesehen, sie zu schließen und damit die Schwierigkeiten,

3) Das Merkmal der Fluchtgefahr - § 127 II i. V. m. § 112 II Nr. 2 StPO - wird man dagegen bei einem Unbekannten ohne weiteres bejahen können.

die bei der Personalienfeststellung des Verdächtigen auftreten können, bewußt in Kauf genommen. Die Strafverfolgungsorgane müssen sich mit dieser politischen Entscheidung abfinden. Umwegkonstruktionen über das Polizei- und Ordnungswidrigkeitenrecht sind angesichts der eindeutigen Aussage der StPO fehl am Platze.

Lebenslauf

Am 11. 6. 1943 wurde ich als dritter und letzter Sohn des Landwirts Konrad Helgerth und seiner Ehefrau Dorothea, geborene Baumer, in Stadtsteinach geboren. Von 1949 bis 1955 besuchte ich die Volksschule in Enchenreuth und von 1955 bis 1964 das Neue Gymnasium in Bamberg, wo ich im Juni 1964 das Reifezeugnis erwarb.

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften vom Sommersemester 1965 bis zum Sommersemester 1969 an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg legte ich am 1. 12. 1969 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Mit dem 2. 2. 1970 wurde ich als Rechtsreferendar in den Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg übernommen. Die zweite juristische Staatsprüfung habe ich am 7. 8. 1973 bestanden. Vom April 1970 bis 31. Dezember 1973 war ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Strafrechtswissenschaften der Universität Erlangen beschäftigt.

Mit Wirkung vom 1. 5. 1974 wurde ich zum Staatsanwalt ernannt und vom selben Zeitpunkt an zur Dienstleistung in das Bayerische Staatsministerium der Justiz abgeordnet, wo ich seitdem tätig bin.

Am 16. 11. 1971 habe ich die Apothekerin Erika Paulsen geheiratet. Wir haben eine Tochter.

